

**UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA FILHO”
FACULDADE DE CIÊNCIA HUMANAS E SOCIAIS**

DIEGO GARCIA VIEIRA CASQUEL

**A PROBLEMÁTICA TRAZIDA PELA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS
ARBITRAIS ESTRANGEIRAS ANULADAS EM SEU PAÍS DE ORIGEM NA
SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

FRANCA

2014

DIEGO GARCIA VIEIRA CASQUEL

**A PROBLEMÁTICA TRAZIDA PELA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS
ARBITRAIS ESTRANGEIRAS ANULADAS EM SEU PAÍS DE ORIGEM NA
SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

Orientadora: Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

FRANCA

2014

Casquel, Diego Garcia Vieira

A problemática trazida pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem na segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio / Diego Gracia Vieira Casquel. – Franca : [s.n.], 2014

167 f.

Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Estadual Paulista. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais.

Orientador: Jete Jane Fiorati

1. Comercio internacional. 2. Segurança jurídica. 3. Arbitragem comercial internacional. 4. Lex mercatória. 5. Arbitragem e sentença. I. Título.

CDD – 342.38214

DIEGO GARCIA VIEIRA CASQUEL

**A PROBLEMÁTICA TRAZIDA PELA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS
ARBITRAIS ESTRANGEIRAS ANULADAS EM SEU PAÍS DE ORIGEM NA
SEGURANÇA JURÍDICA DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, como pré-requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: _____

Profa. Dra. Jete Jane Fiorati

1º Examinador: _____

2º Examinador: _____

Franca, _____ de _____ de 2014.

CASQUEL, Diego Garcia Vieira. **A problemática trazida pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem na segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio**. 2014. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

RESUMO

Com a aceleração do processo de globalização, os contratos internacionais do comércio ganham impulso inovador, buscando adaptar-se às novas exigências e negócios, tendo em vista sua indispensabilidade na concretização desses acordos, como ferramenta capaz de conferir-lhes segurança jurídica. A ampliação do número de contratos celebrados neste cenário, onde a arbitragem reina quase absoluta como ferramenta utilizada para solução de controvérsias, inevitavelmente acarreta no aumento do número de procedimentos arbitrais instaurados. Tratados internacionais, como a Convenção de Nova Iorque, visam garantir eficácia a estas arbitragens que se revestem de caráter internacional. Contudo, decisões homologatórias de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem vêm sendo verificadas, contrariando disposição trazida na Convenção de Nova Iorque e outros tratados neste sentido, diretamente afetando a segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio, gerando a necessidade de repensar esta garantia.

Palavras-chave: contratos. comércio internacional. arbitragem. segurança jurídica.

CASQUEL, Diego Garcia Vieira. **A problemática trazida pela homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem na segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio**. 2014. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014.

ABSTRACT

With the acceleration of the globalization process, international commercial contracts gain an innovation push, aiming at adapting to such new markets and demands, considering their indispensability in the achievement of these businesses as a tool capable of offering legal certainty. The increasing number of contracts executed in this scenario, in which arbitration stands almost absolute as chosen mechanism for the resolution of disputes, inevitably creates a greater number of initiated arbitration procedures. International treaties, such as the New York Convention, seek to assure the effectiveness to these arbitrations with international nature. However, recognition decisions of foreign arbitral awards set aside in the country in which they were made have been verified, in opposition to the provisions set in the New York Convention and other treaties in this sense, directly affecting the legal certainty of the international commercial contracts, creating a need to rethink legal certainty.

Keywords: contracts. international commerce. arbitration. legal certainty.

AGRADECIMENTOS

A ideia de fazer um mestrado se iniciou em janeiro de 2010, quando conheci 4 estudantes suíças de passagem pelo Brasil, dentre as quais **Madeleine Ernst**, que me abriram o horizonte para um estudo do Direito sob uma perspectiva internacional. Não fosse tal impulso, talvez a iniciativa de obter este título jamais teria surgido.

Aliado a isso, professora **Jete Jane Fiorati**, em suas aulas de Direito do Comércio Internacional, já no meu 5º ano de curso, com seu pragmatismo e objetividade peculiares, mas demonstração de fino gosto pela matéria, contribuiu para alimentar minha sede em aprofundar os estudos neste ramo do Direito, pensando em um dia atuar nele. Agradeço sua orientação e, principalmente, paciência com este orientando.

Aprovado no curso de mestrado da UNESP, lembro até hoje da conversa com **Henrique Furquim Paiva**, chefe, referência e mentor na carreira jurídica, quando, cheio de cautela, informei sobre minha aprovação, buscando negociar alguma forma de conciliar estudo e trabalho, e recebi como resposta “Diego, pode ir. Só não perde nenhum prazo, ok?”.

E lá fui.

Momentos inesquecíveis nas aulas e viagens com **Victor Milan**, discutindo todos os assuntos possíveis e imagináveis, jurídicos ou não. Novos amigos, como **Fábio Ferraz** e **Livia Liboni**, agregando opiniões às já bastante produtivas discussões. O encontro com velhos amigos, como **Carolina Martinez Perez**, **Najila Jeha**, **Mariana Almeida**, **Daniel Mattosinho**, dentre outros, pessoas cuja companhia faz horas andarem na velocidade de minutos.

As aulas com a professora **Kelly**, verdadeiros confessionários de terapia coletiva que ensinaram muito mais que apenas a teoria estudada.

Foram bons momentos ao lado de vocês e diversos outros.

Fora do “feudo” universitário amigos com quem sempre pude falar e contar com o apoio, **Leonardo Garcia Costa** e **André Caleffi**, sempre me lembrando a manter um foco, **Cristiane Reis**, amiga inseparável, mesmo à distância, **Érica Engrácia Valenti**, demonstração viva de que é possível se apaixonar pela profissão e seus estudos, **Sérgio Umekawa** e **Vinicus Cavarzani**, sempre dispostos a discutir profundamente assuntos teóricos de aplicabilidade prática quase nula... infelizmente não é possível listar todos, sob o risco de este agradecimento ficar maior que o trabalho.

Também reconheço a importância de um sólido apoio familiar, que nunca me faltou. Meus pais **Jair** e **Tammy**, sempre lá “para o que der e vier”, minha irmã **Amanda**, que não faz

ideia do quanto me deixa orgulhoso, e **Batuta**, detentora de um padrão de vida que creio nenhum rei ou rainha chegou próximo de ter.

A mudança para São Paulo certamente não foi fácil, mas não fosse a receptividade que tive no trabalho, especialmente pelas pessoas da equipe a que hoje integro, **Danilo Mininel**, **Mylena Abujamara** e então **Carolina Zuccas**, além do apoio da minha família paulistana, como minha **Tia Rosane**, **Tia Niza**, **Tia Nair**, **Tio Nelson**, **Zeca**, primos **Nayara**, **Renan**, **Greg**, **Job Henrique**, **Guilherme**, **Ana Paula**, **Sarinha**, certamente teria sido mais difícil. Sem contar a ajuda de **Luiz Carlos Garcia Vieira**, que teve a coragem de me acolher recém-chegado na capital, me possibilitando adaptar “aos trancos e barrancos” nessa nova vida.

Além de antigos amigos aqui na capital, como **Mariana Denuzzo**, **Henderson Fiirst**, **Fernando Garcia**, e novos amigos, que ajudaram na minha adaptação e até a repensar alguns pontos deste trabalho, como **Rodrigo Machado** e **Denny Militello**, agradeço a amizade e companheirismo.

Enfim, a conclusão deste trabalho pode ser uma conquista minha, mas obter essa conquista foi um esforço somente obtido porque me encontrava em um meio cercado de apoio e auxílio que me possibilitaram tanto, e devo minha gratidão a todos que participaram e me ajudaram a chegar até aqui.

Sinceramente, *muito obrigado*.

LISTA DE SIGLAS

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
CONIMA	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
EC	<i>European Commission</i>
ECOSOC	<i>United Nations Economic and Social Council</i>
EUA	Estados Unidos da América
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
ICCA	<i>International Council for Commercial Arbitration</i>
<i>Incomterms</i>	<i>International Commercial Terms</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
EU	<i>European Union</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO 1 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS COMO FERRAMENTA DE SEGURANÇA DAS RELAÇÕES COMERCIAIS	16
1.1 A intenção de contratar.....	16
1.2 Contratos comerciais.....	17
1.3 A internacionalidade de um contrato	19
1.3.1 Critério econômico	20
1.3.2 Critério jurídico	21
1.3.3 Critério generalista	23
1.4 Leis aplicáveis aos contratos internacionais do comércio.....	24
1.4.1 Capacidade dos contratantes.....	26
1.4.1.1 Capacidade das pessoas jurídicas.....	30
1.4.2 Lei que regerá a relação contratual.....	35
1.4.2.1 Lugar da celebração do contrato (<i>lex loci contractus</i>).....	38
1.4.2.2 Lugar da execução do contrato (<i>lex loci executionis</i>).....	40
1.4.2.3 Critérios que consideram o domicílio e a nacionalidade das partes (<i>lex patriae ou Domicilii</i>)	41
1.4.2.4 Autonomia da vontade das partes (<i>lex voluntatis</i>)	42
1.4.3 Dépeçage	45
1.5 A lex mercatoria.....	46
1.6 A segurança jurídica	50
1.6.1 Segurança jurídica aplicada aos contratos internacionais.....	54
1.7 Fatores limitadores à autonomia dos contratantes: a ordem pública e as leis de aplicação imediata	59
1.7.1 Ordem pública	61
1.7.2 Leis de aplicação imediata.....	67
1.7.3 Consequências para a segurança jurídica do contrato	68
CAPÍTULO 2 A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958.....	70
2.1 A consolidação da arbitragem como método de solução de conflitos dos contratos internacionais do comércio	70
2.1.1 Arbitragem estrangeira e arbitragem internacional	73

2.2 Independência e autonomia da cláusula arbitral.....	74
2.3 Regulamentação da arbitragem	76
2.3.1 Lei aplicável ao objeto da arbitragem.....	77
2.3.2 Procedimento arbitral	80
2.3.3 O tribunal arbitral	83
2.3.3.1 <i>O árbitro</i>	85
2.3.3.2 <i>O princípio do kompetenz-kompetenz</i>	87
2.4 Sentença arbitral	88
2.4.1 Limites à decisão do árbitro	92
2.4.2 Anulação da sentença arbitral.....	93
2.4.3 Reconhecimento e execução da sentença arbitral.....	95
2.5 A convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras	97
2.5.1 O protocolo de genebra sobre cláusulas arbitrais de 1923 e a convenção de Genebra sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1927	102
2.5.2 Inovações da convenção de Nova Iorque	103
2.5.2.1 <i>Promulgação da convenção de Nova Iorque</i>	104
2.5.3 Dificuldades envolvendo as interpretações das normas da convenção de Nova Iorque...	106
CAPÍTULO 3 RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ANULADAS EM SEU PAÍS DE ORIGEM: JUSTIFICATIVAS E POLÊMICAS.....	108
3.1 O artigo v.1.(e) da convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras	108
3.1.1 Critérios para a anulação de uma sentença arbitral	110
3.1.1.1 <i>Uma parte da convenção de arbitragem era incapaz</i>	111
3.1.1.2 <i>A convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do estado que a rege</i>	112
3.1.1.3 <i>Uma das partes envolvidas na arbitragem não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão</i>	112
3.1.1.4 <i>A sentença arbitral tratar de questão não referida ou não abrangida pela convenção de Arbitragem ou contiver decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção</i>	113

3.1.1.5 <i>A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não forem conformes ao Acordo entre as partes</i>	113
3.1.1.6 <i>O objeto da disputa não for susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da Lei aplicável à arbitragem</i>	114
3.1.1.7 <i>A sentença arbitral contrariar uma norma de ordem pública</i>	115
3.1.1.8 <i>Outras situações ensejadoras do pleito anulatório</i>	116
3.1.2 Local e momento para requerer a anulação da sentença arbitral	116
3.2 Limites à intervenção do estado nas sentenças arbitrais	118
3.2.1 A convenção de arbitragem	118
3.2.2 O procedimento arbitral	119
3.2.3 Requisitos da sentença arbitral	119
3.3 O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas	120
3.3.1 Posições dos tribunais	121
3.3.1.1 <i>A errônea aplicação da lei fundamentando a anulação da sentença arbitral</i>	122
3.3.1.2 <i>Anulação baseada em situações não universalmente aceitas como ensejadoras de tal decisão</i>	124
3.3.1.3 <i>Anulação decorrente de julgamento parcial pelo tribunal estatal</i>	125
3.3.1.4 <i>Na arbitragem internacional a sentença é internacional</i>	126
3.4 Sujeição dos tribunais às decisões de cortes estrangeiras	128
3.4.1 Os limites da coisa julgada em nível internacional	131
CAPÍTULO 4 RELATIVIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA: IMPLICAÇÕES À LIBERDADE E AUTONOMIA DAS RELAÇÕES RIVADAS	133
4.1 A publicização do direito privado	133
4.2 Novos limites à liberdade contratual	135
4.3 A posição atuante do poder judiciário frente às relações contratuais privadas	137
4.4 A decisão judicial como conferidora de segurança jurídica	139
4.4.1 A anulação de uma sentença arbitral utilizada como modalidade de segundo grau de Jurisdição	140
4.4.2 A homologação da sentença arbitral anulada como forma de conferir segurança jurídica ao contrato internacional	142
4.5 Dano provocado pela homologação de sentença arbitral estrangeira anulada	144
CONCLUSÃO	148
REFERÊNCIAS	152
ANEXO	161

ANEXO A - CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS (NEW YORK, 1958).....	162
---	------------

INTRODUÇÃO

Os contratos existem desde priscas eras, como instrumentos aptos a registrar acordos formalizados entre duas ou mais partes, conferindo tanto certeza quanto segurança ao que foi acordado, uma vez que, registrado o compromisso assumido por cada contratante, tal materialização delimita os termos exatos que foram acordados e possibilita à eventual parte lesada por um descumprimento exigir da parte inadimplente o exato atendimento do que fora combinado.

Com o andar do tempo, os ordenamentos nacionais evoluíram buscando manter e aprimorar as normas relativas aos contratos, sempre na preocupação de garantir solidez a estes instrumentos, base das relações privadas por excelência. Esse progresso legislativo é impulsionado pelo desenvolvimento das relações contratuais, que estão em constante revisão e aprimoramento, considerando a natureza das relações por eles tratadas bem como o surgimento de novos tipos e cenários de negócio, que não raramente exigem reestruturação e readequação normativa, dentro de seus pilares valorativos básicos, numa constante atualização.

No plano internacional, com a globalização diferentes culturas são postas diariamente em contato direto, principalmente por meio das relações comerciais, criando choques culturais e necessidades de adaptação que inevitavelmente gerarão pontos de conflito.

Buscando atenuar estes choques e uniformizar tratamentos, são propostos modelos normativos e tratados e acordos internacionais visando estabelecer regras comuns a todos os agentes destas relações comerciais.

Ocorre que, inobstante essas tentativas, é inevitável a ocorrência de controvérsias que, no cenário do comércio internacional, geram um sem-número de relações conflituosas que nem sempre encontram uma solução amigável, necessitando do recurso a um mecanismo de solução de disputas para apaziguar estes litígios.

Neste âmbito a arbitragem reina absoluta como principal recurso escolhido entre as partes numa relação contratual.

A arbitragem é um mecanismo alternativo de solução de controvérsias que, inobstante possa se considerar que atingiu sua maturação, está em frequente atualização e mudança, uma vez que seu principal objetivo, qual seja, o de resolver controvérsias, deve sempre se moldar à necessidade do problema que por ela será apreciado, e estes estão sempre se atualizando e reestruturando, conforme avança a complexidade das relações comerciais que geram tais litígios.

Porém a arbitragem, para sua total eficácia, depende do elemento Estado como conferidor de validade e exequibilidade de suas determinações, tanto no plano interno quanto no internacional.

Cada país possui total autonomia e soberania para definir o tratamento legal que dará à arbitragem. Paralelamente a essas normas internas, existem tratados e acordos internacionais regulando este mecanismo alternativo de solução de disputa que encontram-se bastante consolidados, dentre os quais destaca-se a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1958, um dos principais diplomas versando sobre este assunto atualmente.

Esta convenção, dentre outras determinações, estabelece que um Estado não poderá homologar e executar uma sentença arbitral anulada pelo país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. Todavia, não raramente, em uma postura ativa pelas cortes nacionais de alguns países, esta determinação não vem sendo observada, gerando situações onde confere-se validade e eficácia a sentenças arbitrais anuladas, ferindo os termos da Convenção de Nova Iorque.

As repercussões dessas decisões, bastante noticiadas, geram discussões na área jurídica sobre até que ponto poderão decisões desta natureza prevalecer ou se, de fato, configuram violações ao texto da Convenção de Nova Iorque. Ademais, principalmente para as partes contratantes que estiverem diante de uma situação como esta, as questões suscitadas em casos assim são de severa importância, visto que não raramente tratam de valores e obrigações demasiadamente onerosas àquele que se vir forçado a cumprir uma determinação em tese anulada.

Tais questões repercutem diretamente sobre a segurança jurídica de um contrato onde, tendo se originado uma arbitragem, porventura verificar-se uma situação como esta, especialmente se for considerado o motivo que ensejou a anulação da sentença arbitral, posto que poder-se-ia sujeitar um contratante ao cumprimento de uma obrigação contratual, ou vinculada ao contrato, a que não estaria obrigado a observar.

Frente a essa problemática, o presente estudo pretende analisar, sem esgotar a matéria, as estruturas consolidadas dos contratos internacionais do comércio e da arbitragem comercial internacional, verificando os principais pilares que conferem segurança jurídica a estes institutos. Além disso, serão estudadas decisões homologatórias de sentenças arbitrais anuladas em seu país de origem, verificando os principais fundamentos e entendimentos que ensejam essa prática para, posteriormente, examinar seus efeitos sobre a segurança jurídica das relações contratuais afetadas por tais decisões.

A metodologia empregada nesta pesquisa foi de cunho analítico, vez que foram coletados dados e informações referentes aos entendimentos doutrinários sobre os objetos centrais deste trabalho, que são os contratos internacionais do comércio, a arbitragem e a segurança jurídica, além de artigos de revistas especializadas e decisões judiciais de cortes nacionais e estrangeiras. Tentou-se manter uma imparcialidade no estudo de textos de diferentes países que foram pesquisados, considerando a variação culturais entre eles, numa tentativa de compreendê-los sem valer-se de pré-conceitos detidos por seu leitor.

Também foi utilizado o método dedutivo, especialmente na análise e construção de raciocínios com relação às situações práticas que foram objeto de pesquisa neste trabalho, na tentativa de relacioná-las às concepções teóricas que lhe dão embasamento jurídico ao presente estudo, buscando fazer uma análise crítica de seu atendimento ou não a tais conceitos formulados e consolidados no universo acadêmico jurídico.

As análises feitas partiram de premissas positivistas, em alguns pontos influenciados por entendimentos principiológicos, porém primando pela observância dos textos das normas pesquisadas e aplicáveis aos casos concretos examinados.

O trabalho foi dividido em quatro capítulos, numa sequência buscando representar o encadeamento de eventos que seriam observados em situações práticas.

No primeiro capítulo foi feito um estudo objetivo sobre o conceito de contratos comerciais internacionais, quais os parâmetros que permitem sua conceituação como tal e seus requisitos de validade e eficácia. Também foi proposta uma ideia de segurança jurídica, vez que se trata de conceito bastante abstrato de definição pouco pacificada.

No segundo capítulo foram apresentados os conceitos e parâmetros principais da arbitragem, especialmente sob uma ótica internacional, a demonstrar os fundamentos que justificam o de seu grande uso. Posteriormente, foi feito um estudo sobre a evolução histórica e elaboração da Convenção de Nova Iorque, um dos tratados internacionais de maior adesão no mundo, e como ela foi fundamental para o desenvolvimento da arbitragem em nível global.

O terceiro capítulo focou na questão da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem, contrariando diretiva da Convenção de Nova Iorque. Foram compiladas as principais razões que vêm servindo de justificativa para essa prática, além de alguns fundamentos bastante polêmicos que ganharam repercussão, sendo feita uma análise crítica dos limites para tais decisões.

O último capítulo buscou fazer uma releitura da ideia de segurança jurídica considerando novas posturas ativas do Poder Judiciário, consequentes do fortalecimento da ideia de proteção de direitos fundamentais frente aos individuais, revendo a separação e

independência dos ramos do Direito Público e Privado, e como, sob esse prisma, a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas afeta a segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio.

O intuito do presente estudo é o de identificar e examinar as questões onde ocorrerão as principais discussões envolvendo a homologação de sentenças arbitrais anuladas em seu país de origem, ferindo preceito trazido na Convenção de Nova Iorque, afetando a segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio, prevendo algumas conclusões que poderão ser atingidas ou pontos sobre os quais surgirão novas polêmicas. Não se pretende chegar a uma análise conclusiva sobre o assunto, nem esgotá-lo, visto que ele é relativamente recente e vem gerando diversas discussões que não caminham para uma convergência de entendimentos. Ademais, considerando o aumento do uso da arbitragem, é esperado um crescimento do número de situações como a ora estudada, o que certamente levantará novas questões.

CAPÍTULO 1 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS COMO FERRAMENTA DE SEGURANÇA DAS RELAÇÕES COMERCIAIS

1.1 A intenção de contratar

A arte de contratar é uma tradição consolidada na sociedade contemporânea, resultado da evolução histórica dos contratos em si, que estão em constante aperfeiçoamento, visando atender aos negócios celebrados entre particulares, que vem ganhando contornos mais complexos, exigindo maiores garantias de eficácia.

O comércio, por excelência, é a atividade que mais exige a celebração de contratos, tanto a nível nacional como internacional. Essa ideia é quase instintiva, mas pode ser explicada considerando a evolução da atividade comercial, que de simples trocas de mercadorias entre cidades passou a relações cada vez mais complexas, como a transferência de *know-how*, a criação de *joint-ventures*, a internacionalização de franquias, enfim, uma complexidade de possibilidades de negócios.

Os contornos dessas negociações mais elaboradas não permitiam que sua formalização continuasse por meio de simples acordos verbais, o que fez desenvolver a ciência dos contratos, servindo justamente ao desenvolvimento da economia. Orlando Gomes é muito feliz ao apontar essa influência, esclarecendo que:

O processo econômico caracterizado então pelo desenvolvimento das forças produtivas exigia a generalização das *relações de troca* determinando o esforço de abstração que levou à construção da figura do *negócio jurídico* como gênero de que o contrato é espécie. O *contrato* surge como uma categoria que serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de sua posição ou condição social.¹

O que leva uma pessoa a formalizar um contrato é a concretização de uma negociação ou a assunção de um compromisso, ou seja, a participação em um negócio jurídico. Para conferir uma maior certeza aos negociantes, os termos pactuados são pormenorizados e estruturados em um documento, materializando os pontos sobre os quais foi consolidado o acordo.

Sob essa perspectiva, nota-se que não é o contrato que dá origem ao negócio, mas sim o negócio que origina a necessidade de formalizar o contrato. Essa percepção é importante, pois considerando então que as negociações vêm ganhando cada vez mais contornos complexos,

¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 6. (grifo do autor).

decorrentes do desenvolvimento do comércio e das relações comerciais, justifica-se a frequente necessidade de revisão de preceitos tradicionais dos contratos, atendendo às novas necessidades.

Essa incessante inovação nos contratos, e a recorrente necessidade de celebração destes documentos, advêm da busca por uma segurança por parte dos negociantes. Essa segurança diz respeito tanto ao detalhamento dos negócios que se materializam no contrato, como também na garantia de eficácia e legalidade dos termos nele trazidos, eis que, além de lucrativo, os negócios comerciais devem ser legalmente admitidos nos locais onde forem gerar efeitos.

É interessante considerar a influência da lei nos negócios jurídicos, que colabora com a necessidade de formalização de contratos.

Os acordos comerciais raramente gerarão somente as obrigações primárias nele previstas. Uma série de obrigações secundárias, decorrentes do andar das negociações, da lei a que o negócio se sujeitará, de costumes e demais fontes do Direito, submeterão as partes contratantes a mais que a obrigação central do acordo que firmaram.

Essa complexidade de deveres colaterais também entrará no bojo da negociação entre partes contratantes, com consequentes distribuições de obrigações entre eles que, para uma maior organização, são materializados nos contratos.

Por fim, não se pode olvidar os riscos de inexecução de obrigações por qualquer das partes contratantes. Atendendo a este receio, o contrato servirá como ferramenta juridicamente reconhecida para tanto provar as obrigações inadimplidas como para exigir a execução forçada das responsabilidades descumpridas ou o recebimento de indenizações por perdas sofridas.

Feitas essas considerações iniciais, resta claro que o que motiva as partes à celebração de um contrato é mais que a formalização do negócio traçado. Existe a busca por uma segurança e garantia aos investimentos que cada parte contratante fará para a concretização do acordo.

1.2 Contratos comerciais

Os contratos que servirão de objeto de estudo da presente pesquisa são aqueles que tratam de negociações comerciais. Assim, interessante é tentar limitar quais são os tipos de contratos que podem ser considerados como de natureza comercial.

Superada a teoria dos atos de comércio, tem-se hoje que a natureza comercial de um negócio decorre da forma pela qual se organiza a atividade e do fim por ela visado. Não existe mais uma lista pré-definida de atividades mercantis, mas sim formas de estruturação de caráter

empresarial. Com isso, torna-se difícil delimitar, com base nessa premissa, quais seriam as negociações comerciais que serão estruturadas nos contratos ora analisados.

Diante dessa infinidade de atividades empresárias hoje possíveis, outra forma de tentar delimitar quais são os contratos comerciais seria considerar que são aqueles celebrados entre empresários, em seu puro e estrito sentido.

Ocorre que este método também é falho, eis que até os Estados, pessoas jurídicas de direito público por excelência, podem se envolver em atividades comerciais, adquirindo de comerciantes estrangeiros produtos necessários à subsistência de sua economia².

Ciente dessa celeuma, a *International Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT), na formulação de seus Princípios Internacionais para contratos comerciais, reconhecendo a infinidade de possibilidades de criação de negócios mercantis, estabeleceu no preâmbulo daquele documento uma ampla abrangência do que seriam entendidos como contratos comerciais. Nele está estabelecido que estes não se restringem apenas às trocas de mercadorias e serviços, mas também a tipos de transações econômicas, como investimentos e/ou acordos de concessões, contratos de serviços profissionais, etc.³

Vale esclarecer que a única exceção feita por estes princípios da UNIDROIT diz respeito aos contratos de consumo, que não poderão ser tidos como de natureza comercial, visto que vêm recebendo diversos tratamentos especiais por legislações nacionais tendentes a proteger a figura do consumidor.

Essa dificuldade em tipificar os contratos como de natureza comercial decorre do dinamismo desta área e da exigência de respostas rápidas a novos negócios formatados por comerciantes e empresários, fazendo surgir, com certa frequência, contratos atípicos para servirem a novos modelos de acordos.

Esta peculiaridade que separa o Direito Comercial do Direito Civil foi apontada por Fran Martins, que já dizia:

² Tal pode ser realizado por meio de licitações internacionais, que, conforme esclarece Maria Luiza Machado Granziera: "A licitação internacional, portanto, consiste em procedimento administrativo de direito interno, regido pelo direito interno, fixando-se, porém, expressamente no instrumento convocatório a possibilidade de ser celebrado contrato internacional, se o vencedor for empresa estrangeira, e a outra parte for a administração pública. (GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, João Grandino (Org.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 233.

³ Tradução nossa. O original, em inglês, traz que: "*The Principles do not provide any express definition, but the assumption is that the concept of 'commercial' contracts should be understood in the broadest possible sense, so as to include not only trade transactions for the supply or Exchange of goods or services, but also other types of economic transactions, such as investments and/or concession agreements, contracts for Professional services, etc.*" (UNIDROIT. **UNIDROIT principles of international commercial contracts**. Rome, 2010. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012).

Assim, enquanto o Direito Civil é um direito tradicional, preso a antigas regras, de lenta evolução, o Direito Comercial, para atender às exigências do desenvolvimento do comércio, é um direito que se renova a cada instante, prescindindo, quando necessário, de fórmulas solenes, adaptando-se ao progresso e, de certa forma, procurando acompanhar as contingências econômicas dos diversos povos.⁴

Esse dinamismo fez surgir entre os próprios comerciantes algumas regras próprias que coexistem com ordenamentos nacionais dos Estados, dos quais podemos apontar, como exemplos, algumas diretivas da Câmara de Comércio Internacional (dos quais se destacam os *International Commercial Terms (Incomterms)*, utilizados até em contratos domésticos) e a *Lex Mercatória*. Estas leis próprias mercantis surgem justamente para fazer frente à lenta evolução das leis dos países, que, por uma razão de manutenção de ordem e estabilidade, são de mais lenta mudança.

Contudo, essa liberdade dos comerciantes não é ilimitada. Além de os novos negócios comerciais porventura criados estarem sujeito à legalidade nos países onde surtirem efeitos, num âmbito internacional esse dinamismo da atividade comercial encontra limitações em outros ordenamentos nacionais, que não podem ser ignorados pelos agentes mercantis globais. Luiz Olavo Baptista⁵ apresenta alguns exemplos de restrições insuperáveis por meras convenções entre entes privados, como: os negócios envolvendo heranças de pessoas vivas são proibidos no Brasil, veda-se a contratação com países que sofrem bloqueios econômicos por causas políticas nos Estados Unidos, nos países muçulmanos não é permitida a contratação de juros, e assim por diante.

Ou seja, as atividades comerciais estão em frequente inovação, dificultando, assim, a tipificação dos contratos que podem ser considerados como de natureza mercantil. Contudo, alguns denominadores comuns existem entre estes contratos, que são objeto de estudos de comissões internacionais, dentro da Organização Mundial do Comércio e da UNIDROIT, para não citar outros. Mas deve-se ter em mente que estudos nesse sentido jamais se esgotarão, sempre tendo em foco a viabilidade das novas propostas apresentadas.

1.3 A internacionalidade de um contrato

Uma questão que não encontra uma convergência de opiniões é a que busca caracterizar um contrato como sendo internacional.

⁴ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2010. p. 10.

⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 15.

Nesta seara, a ideia mais instintiva é a de considerar como sendo internacional um contrato que cria uma relação que comunica elementos de dois ou mais países. Esses elementos seriam, por exemplo, o diferente domicílio ou nacionalidade das partes contratantes, a aplicação de mais de uma legislação à relação tratada no contrato ou ser o local de sua celebração diferente do de sua execução.

Ocorre que este conceito não esgota a possibilidade de internacionalização de um contrato, tampouco satisfaz as diferentes opiniões hoje existentes sobre as características que qualificam um contrato como internacional.

Atualmente, existem duas correntes clássicas que classificam os contratos como internacionais através de critérios econômicos ou jurídicos. Uma terceira linha, mais contemporânea, leva em conta conceitos mais generalistas para concluir pela internacionalização de um contrato.

Dada a sua inquestionável influência, faz mister destacar cada um.

1.3.1 Critério econômico

Esse critério teve origem na França, em um precedente jurisprudencial que ficou conhecido como *affaire Pélissier Du Besset*. Decorreu da formulação das razões apresentadas pelo Procurador-Geral Matter perante a *Cour de Cassation*, em 1927.

Sintetizando o caso, um inglês havia locado a um francês um imóvel situado na cidade de Argel, na Argélia, durante o período em que esta região era uma colônia francesa. O pactuado era que a locação seria paga em libras esterlinas, em Londres ou em Argel, conforme melhor conviesse ao locador. Nesse negócio surgiu um litígio entre as partes que acabou suscitando a discussão sobre qual a lei aplicável no tocante à cláusula relativa à moeda de pagamento.

O principal argumento do Procurador-Geral Matter para esta questão foi que este contrato não gerou nem a entrada, nem a saída de mercadorias ou moedas do território francês (eis que o negócio ocorrera numa colônia francesa, considerada extensão territorial da França). Assim, tendo a operação toda se revestido de caráter local, estaria sujeita às leis da França.

Contrariando este argumento, a defesa alegou que o contrato revestia-se de caráter internacional em decorrência da diferença de nacionalidade das partes envolvidas: um francês e um inglês.

Prevaleceu o entendimento do Procurador-Geral Matter, tendo a *Cour de Cassation* reconhecido que deveria ser aplicada a lei da França àquela matéria. Este entendimento foi, inclusive, alargado em outro julgamento por aquela mesma Corte, ocorrido em 1.934, quando

esclareceu que o caráter internacional de um contrato não depende necessariamente do domicílio das partes e do local da execução das obrigações, devendo ser considerados todos os elementos que levam a uma movimentação de fundos que ultrapassem a economia interna do país para, então, reconhecer a internacionalidade do contrato⁶.

Assim, de acordo com este critério, tem-se por internacional todo contrato que ocasiona a movimentação de bens ou serviços através de fronteiras nacionais.

Contudo, ele apresenta falhas, pois ignora todos os demais fatores que envolvem as relações contratuais, focando-se apenas nas suas repercussões econômicas, como aponta Carolina M. Laborde:

[...] o uso do critério econômico pode reconhecer como internacional um contrato que seria considerado totalmente doméstico devido à ausência de um elemento estrangeiro. Contrariamente, um contrato ligado a diversos países pode não ter conexões com trocas estrangeiras.⁷

Ante essa inquestionável limitação, estabeleceu-se outro critério, em que as condicionantes jurídicas do negócio ganharam destaque.

1.3.2 Critério jurídico

Credita-se a Henri Batiffol a formulação do critério com foco jurídico para determinar a internacionalidade de um contrato. Segundo este emérito jurista:

[...] um contrato tem caráter internacional quando, pelos atos concernentes à sua celebração ou sua execução, ou a situação das partes quanto à sua nacionalidade ou seu domicílio, ou a localização de seu objeto, ele tem liame com mais de um sistema jurídico.⁸

Assim sendo, de acordo com este critério, os contratos já são juridicamente moldados para inserirem-se num contexto internacional. Não é necessário que o acordo gere fluxos

⁶ Este caso ficou conhecido como *l'arrêt Banque hypothécaire franco-argentine*, onde os julgadores esclareceram que: "le caractère international d'une opération ne dépend pas nécessairement du domicile des parties et du lieu stipulé pour son règlement, mais de tous les éléments qui entrent en ligne de compte pour imprimer aux mouvements de fonds qu'elle comporte un caractère dépassant le cadre de l'économie interne." (BAZIN, Maximilian. **Le blog du droit international des affaires**. 2006. Disponível em: <intercomlaw.typepad.fr/droitinternational/la_notion_de_contrat_international>. Acesso em: 17 out. 2012).

⁷ Tradução nossa. O original, em inglês, traz: "[...] the use of the economic approach may render international a contract that would otherwise be considered entirely domestic because of the lack of a foreign element. Contrarily, a contract with links to several countries may lack connections with foreign trade." (LABORDE, Carolina M. **Electronic signatures in international contracts**. Frankfurt: Peter Lang, 2010. p. 138).

⁸ BATIFFOL, Henri apud BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 23.

internacionais de produtos, valores ou serviços, mas que tenha contato com mais de um ordenamento nacional.

Segundo este critério, a nacionalidade ou países onde forem domiciliadas as partes contratantes facilmente definem a internacionalidade da relação contratual. Sendo estes distintos, obviamente ter-se-á uma relação internacional.

Contudo, deve-se frisar que não será necessariamente o contato com algum elemento de conexão que definirá a internacionalidade de um contrato. Quando o foco da análise para definir se o contrato é internacional for a relação jurídica nele estabelecida, surge uma complexidade que merece algumas considerações.

Inicialmente, não há dúvidas que, para ser internacional, é necessário a incidência de um elemento de conexão que faça com que o negócio tratado no contrato gere repercussões em mais de um ordenamento jurídico.

Além disso, tais repercussões precisam ter uma mínima relevância, ou seja, devem gerar efeitos marcantes, não meros expedientes desconsideráveis. Por exemplo, em um contrato de prestação de serviços entre locais, caso haja a necessidade de o prestador viajar para outro país visando consultar um especialista e, depois, retornar para prestar o serviço, esse deslocamento não pode, num primeiro momento, ser considerado como um elemento de internacionalidade do contrato. Em contrapartida, um contrato de transporte que exija a passagem por um país estrangeiro da mercadoria transportada, este deslocamento transfronteiriço gera contornos de internacionalização mais evidentes.

Ou seja, não há como se fugir à hipótese da análise específica de cada caso, dependendo da discricionariedade do examinador de cada questão o reconhecimento desta relevância para conferir internacionalidade a um contrato.

Ainda no tocante aos efeitos gerados, deve-se mencionar que há entendimentos no sentido da desnecessidade de estes serem concretos. Jete Jane Fiorati conceitua os contratos como internacionais como “acordos de vontade celebrados entre dois ou mais sujeitos de direito fazendo nascer entre eles direitos e obrigações que potencialmente estejam submetidos às normas provenientes de mais de um ordenamento estatal.”⁹

João Grandino Rodas também apresenta mesmo entendimento, para quem os contratos internacionais geram o denominado conflito de leis no espaço, que em última análise significa a potencialidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular determinada situação

⁹ FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**. Franca: Ed. UNESP, 2006. p. 142.

jurídica¹⁰. Ou seja, o mero potencial de gerar efeitos que sujeitem a relação contratual a mais de um ordenamento jurídico seria o suficiente para ter o contrato como internacional.

Buscando uma conclusão, pode-se considerar que, de acordo com o critério de foco jurídico, o contrato internacional será assim considerado quando, pela estrutura do negócio nele desenhado, trará repercussões que gerarão atos de validade e existência em mais de um ordenamento jurídico nacional.

Este critério também foi criticado pela sua vagueza e imprecisão, eis que esse "liame" com mais de um ordenamento não é uma noção que transmite certezas de base sólida. Como resposta, surgiu outra corrente, de cunho mais generalista, para a classificação dos contratos internacionais.

1.3.3 Critério generalista

Em novembro de 1.993, na cidade de Roma, Itália, foi apresentado o documento nº 53 do Grupo de Estudo L da UNIDROIT, contendo as primeiras linhas de uma delimitação dos princípios para contratos internacionais do comércio.

Essa ideia de se criar um regramento para as leis de comércio internacional foi primeiro proposta por Mario Matteucci, em 1.968, em um colóquio internacional ocorrido em Roma para celebrar os 40 anos da UNIDROIT¹¹. O cenário existente à época da apresentação desta proposta era a de uma total instabilidade dos tratamentos legislativos das relações contratuais em nível internacional, visto que cada país possuía regramentos próprios, sem uma significativa uniformidade (se é que se pode afirmar que existia).

O resultado deste estudo foi a formulação de um documento contendo sete capítulos de princípios que seriam universalmente acatáveis para regular as relações contratuais internacionais.

Ocorre que a primeira dificuldade do trabalho era justamente definir qual seria o parâmetro adotado por estes princípios para caracterizar um contrato como sendo internacional. A conclusão do grupo de estudos para essa questão encontra-se no preâmbulo destes princípios, que se limitou a estabelecer que:

¹⁰ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: _____. (Org.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 20.

¹¹ BONELL, Michael Joachim. **An international restatement of Contract Law: the Unidroit principles of international commercial contracts**. Ardsley: Transnational, 2009. p. 27.

Pressupõe-se, no entanto, que ao conceito de contratos 'internacionais' deve ser dada a mais ampla interpretação possível, para que, em última análise, sejam excluídas apenas as situações onde nenhum elemento internacional estiver envolvido, isto é, onde todos os elementos relevantes do contrato em questão estão conectados a um único país.¹²

Este critério, mais generalista, visa aglutinar os fatores tanto econômico como de jurídico, além de uma terceira linha, que Luiz Olavo Baptista conceitua como conceitos ecléticos ou generalistas¹³. Disso nota-se a nítida intenção da UNIDROIT em fazer com que tais princípios sejam incorporados ou incorporáveis por sistemas legislativos do maior número possível de países, buscando uniformizar o entendimento existente da matéria.

Michael Joachim Bonell¹⁴ aponta diversos sistemas normativos que foram direta ou indiretamente influenciados por estes princípios da UNIDROIT: o Código Civil Russo, de 1.995; reformas na legislação Escocesa decorrente de pareceres da Comissão de Direito Escocesa inspirados nesses princípios; os Códigos Civis da Estônia, Lituânia, Hungria e a reforma do Código Civil alemão, de 2.002; a legislação contratual chinesa, de 1.999; e a revisão do artigo 2 do Código Comercial Uniforme norte-americano, dentre outros.

Parte-se hoje para uma compreensão mais generalista do que seriam os contratos internacionais, não os vinculando a determinados critérios rígidos, valendo-se de uma visão mais holística para caracterizá-los. Contudo, não se pode deixar de admitir que este reconhecimento dependerá diretamente da discricionariedade do examinador de cada questão.

Mas não se pode deixar de reconhecer essa busca por uma maior compreensão das condições de internacionalidade de um contrato, justamente tentando integrar a comunidade global para esta realidade, já que o crescimento das relações comerciais internacionais é uma certeza inegável.

1.4 Leis aplicáveis aos contratos internacionais do comércio

Em 1.929, julgando um caso envolvendo empréstimos Sérvios e Brasileiros, a Corte Permanente de Justiça Internacional, de Haia, esclareceu que "[...] todo contrato que não é um

¹² Tradução nossa. O original, em inglês, estabelece que: "*The assumption, however, is that the concept of 'international' contracts should be given the broadest possible interpretation, so as ultimately to exclude only those situations where no international element at all is involved, i. e. where all the relevant elements of the contract in question are connected with one country only.*" (UNIDROIT. **UNIDROIT principles of international commercial contracts**. Rome, 2010. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012).

¹³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 26.

¹⁴ BONELL, Michael Joachim. **An international restatement of Contract Law: the Unidroit principles of international commercial contracts**. Ardsley: Transnational, 2009. p. 268-271.

contrato entre Estados, enquanto sujeitos de direito internacional, tem fundamento em uma lei nacional."¹⁵ Ao proferir esta decisão, esclarecia aquela corte a regra fundamental de uma relação contratual a nível internacional: ela está sujeita às leis nacionais de um ou mais países com os quais o contrato tem contato.

Disso decorre um ponto central e fundamental para a segurança jurídica de um contrato internacional do comércio: existe uma lei regendo a relação nele trazida. Mas esta concepção não vem livre de controvérsias, eis que grandes discussões existem acerca de como definir qual será o ordenamento nacional aplicável ao contrato.

A tendência do direito internacional, no tocante a contratos comerciais, é a de reconhecer a liberdade das partes para elegerem a lei aplicável ao negócio celebrado. Todavia, essa concepção não é unanimemente aceita. Além disso, outras questões há que também influenciam na definição de qual norma regerá o contrato, que fogem ao controle das partes contratantes.

A importância na definição da lei aplicável tanto à relação contratual como aos contratantes em si é de tal monta que determinará a validade da relação contratual. Isso porque um contrato se desenvolve mediante a participação de partes contratantes gozando de capacidade reconhecida para tanto, envolvendo um objeto lícito e legalmente admitido. Todos esses quesitos serão determinados pela lei que reger cada um desses pontos.

Outrossim, nota-se que para o universo jurídico a relação contratual inicia-se pela determinação da lei que a regerá e a revestirá de existência válida.

Dessa maneira, num simples raciocínio, tem-se que para a formação da relação contratual deve-se partir da definição de qual a lei que governa cada um dos contratantes, determinando se os mesmos têm capacidade para envolverem-se no negócio jurídico pretendido. Num segundo momento, será necessário determinar qual a lei que regerá a relação contratual em si.

Numa relação internacional é instintivo considerar que ambas não podem coincidir (lei que governa as partes e lei que governa o contrato), ou estar-se-á tratando de uma situação puramente nacional. Contudo, este raciocínio é equivocado, pois, conforme discutido, a tendência contemporânea é a de reconhecer que somente quando nenhum elemento internacional estiver envolvido é que se estará diante de uma relação puramente doméstica¹⁶.

¹⁵ Original: "*Tout contrat, affirmait la Cour, qui n'est pas un contrat entre des Etats en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale.*" (BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 42).

¹⁶ Por exemplo, é possível um cenário em que um italiano domiciliado no Brasil celebre um contrato com um brasileiro domiciliado na Itália, sendo este assinado na Itália. Para todos os propósitos, a lei que governará a relação e a capacidade das partes será a italiana, mas a sua internacionalidade é inquestionável.

Assim, para a validade do contrato, a definição da lei que regerá tanto a capacidade dos contratantes como a relação contratual é fundamental, sendo imprescindível analisar a forma como serão definidos os ordenamentos incidentes a esses pontos.

1.4.1 Capacidade dos contratantes

Para pode ser parte num contrato, é necessário que a pessoa goze de plena capacidade jurídica para assumir obrigações e direitos. Assim, deve ela, no momento da celebração do contrato, ser legalmente reconhecida como maior e capaz, do contrário nulos serão os negócios por ela assumidos, eis que não legalmente habilitada estava para fazê-los.

No plano internacional o conceito de capacidade não encontra grandes divergências, apontando Irineu Strenger que a capacidade das partes é exigência óbvia, indiscrepante em todos os sistemas jurídicos, podendo haver divergências de qualificação e limites, que se resolvem, entretanto, pelas técnicas do Direito Internacional Privado¹⁷.

No tocante a um indivíduo, pessoa física, no plano internacional, tem-se que sua situação em termos de reconhecimento de existência legal se enquadra em uma de três situações: nacional, estrangeiro ou apátrida¹⁸.

Focando o estudo nos dois primeiros casos, deve-se atentar para a situação do nacional e do estrangeiro no tocante à capacidade para contratar, eis que pode o mesmo estar submetido tanto à legislação de seu país como à legislação do local onde se encontra localizado, se este for um país diferente do seu, para qualificá-lo como apto a contratar.

A situação do nacional domiciliado em seu país, que lá celebra um contrato, numa situação onde já possua plena capacidade, não demanda maiores discussões. Assim procedendo, não há qualquer nulidade no tocante à sua capacidade que possa afetar a validade do negócio.

Contudo, quando se parte para a análise da pessoa celebrando um contrato fora do seu país de sua nacionalidade, alguns empecilhos surgem que devem ser devidamente considerados, evitando-se maiores complicações.

Inevitavelmente, nesse segundo cenário, entrarão em ação as regras de direito internacional privado para a definição de qual a legislação a que o estrangeiro encontra-se sujeito para qualificá-lo como capaz de contratar. Depois, tendo-se definido o estatuto pessoal

¹⁷ STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: LTR, 2003. p. 147-148.

¹⁸ A situação do apátrida não será objeto de estudo neste trabalho por fugir ao foco central desta pesquisa. Contudo, deve-se frisar que os apátridas são uma minoria, sendo, inclusive, reconhecido no artigo 15, item (1), da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1.948, que todo ser humano tem direito a uma nacionalidade.

aplicável ao estrangeiro, será então possível constatar se o mesmo pode, ou não, regularmente figurar como parte num contrato internacional.

Dois são os critérios mais utilizados pelos países que concentram as principais operações comerciais internacionais: o que leva em conta o domicílio da pessoa e o que leva em conta a sua nacionalidade.

Pelo primeiro, a lei aplicável no tocante à conferência de capacidade a uma pessoa é a do lugar do seu domicílio (*lex domicilii*). Assim, será a legislação do local onde a pessoa encontra-se domiciliada que regulará sua aptidão para figurar como parte num contrato, independentemente de sua nacionalidade.

Nos países onde vigora este critério, então, a pessoa que celebrar um contrato em seu território, se nele for domiciliada, estará sujeita às suas leis de capacidade. Todavia, se não for domiciliada naquele país, a regra de conflito de leis então remeterá à legislação do local de seu domicílio a competência para determinar se a mesma é capaz de assumir aquelas obrigações.

Este parâmetro é adotado, por exemplo, no Brasil e em outros países americanos, como os Estados Unidos¹⁹ e a Argentina²⁰.

Já pelo segundo critério, a definição da lei que regulará a capacidade de um contratante é aquela do país de sua nacionalidade (*lex patriae*). Ou seja, de acordo com essa regra, não importa o local onde a pessoa encontra-se localizada ou domiciliada, pois a lei do país de sua nacionalidade a seguirá definindo sua capacidade para contrair direitos e obrigações.

¹⁹ Vale destacar o comentário trazido no *Restatement of the Law Second*, s. 188, que trata dos contratos e dos conflitos de lei. No tocante à capacidade dos contratantes os comentários esclarecem que: "*Domicil, residence, nationality, place of incorporation, and place of business of the parties. These are all places of enduring relationship to the parties. Their significance depends largely upon the issue involved and upon the extent to which they are grouped with other contacts. So, for example, when a person has capacity to bind himself to the particular contract under the local law of the state of his domicil, there may be little reason to strike down the contract because that person lacked capacity under the local law of the state of contracting or of performance (see s 198). The fact that one of the parties is domiciled or does business in a particular state assumes greater importance when combined with other contacts, such as that this state is the place of contracting or of performance or the place where the other party to the contract is domiciled or does business. As stated in s 192, the domicil of the insured is a contact of particular importance in the case of life insurance contracts. At least with respect to most issues, a corporation's principal place of business is a more important contact than the place of incorporation, and this is particularly true in situations where the corporation does little, or no, business in the latter state.*" (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. **American Law Institute Publishing**, Philadelphia, PA, 1971. Disponível em: <www.kentlaw.edu>. Acesso em: 13 ago. 2012).

²⁰ Os artigos 6 e 7º do Código Civil argentino definem que: "*Art. 6º - La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras será juzgada por las leyes de este Código, aún cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero. / Art. 7º - La capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.*" (ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina: Ley 340, de 29 de septiembre de 1869. **Registro Nacional**, Buenos Aires, 29 sep. 1869, n. 1863-1869. p. 513. Disponível em: <www.codigocivilonline.com.ar>. Acesso em: 25 out. 2012).

Dessa maneira, a pessoa que celebrar um contrato em um Estado que adote este critério, se for um nacional, terá sua capacidade regulada pela legislação do próprio país. Contudo, sendo estrangeiro, não importando se domiciliado no território do Estado, as regras de Direito Internacional Privado definirão como competente para conferir capacidade a legislação do país de sua origem.

Esse parâmetro é adotado pela França e a Alemanha²¹, por exemplo.

Uma observação interessante sobre a preferência por um ou outro critério é que, entre outros motivos, o histórico do país no tocante a fluxos migratórios acabou por influenciar na opção adotada.

Normalmente os Estados que adotam como elemento de conexão a nacionalidade da pessoa sofreram diversas emigrações durante sua história, especialmente nos períodos de guerras. A fim de manter uma unidade entre seus nacionais espalhados por diversos países, optaram pelo critério da nacionalidade, buscando manter pelo menos este sentimento de ligação com seu país de origem.

Já os países que foram receptores de diversos emigrantes, tendo domiciliadas em seu território pessoas de diversas nacionalidades, normalmente adotam como elemento de conexão o domicílio, visando manter uma maior ordem interna. Caso adotassem como critério a nacionalidade de seus habitantes, ter-se-ia uma situação onde diversos ordenamentos coexistiriam, num cenário de total instabilidade. Assim, visando sujeitar todos os habitantes ao seu regramento, esses países optaram pelo parâmetro do domicílio para definir a legislação aplicável.

Há países adotam sistemas híbridos, como no caso do Chile, que aplica o critério do domicílio para todos os estrangeiros que estiverem domiciliados em seu território mas também utiliza o critério da nacionalidade para os chilenos que se encontram domiciliados em países estrangeiros²².

Existem outros critérios, menos utilizados, para determinar a lei que regerá a capacidade de um contratante. São o territorial, onde são aplicadas as normas do local onde se encontram os contratantes, desconsiderando seu domicílio e nacionalidade; o religioso, em que a vinculação a uma determinada religião sujeita a pessoa às leis daquela seita; o residencial,

²¹ O art. 7º, item (1), da Introdução ao Código Civil alemão diz que: "*Die Rechtsfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit einer Person unterliegen dem Recht des Staates, dem die Person angehört. Dies gilt auch, soweit die Geschäftsfähigkeit durch Eheschließung erweitert wird.*" (ALEMANHA. Bürgerliches Gesetzbuch. **Reichsgesetzblatt**, Berlin, 24 ago. 1896. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de>. Acesso em: 23 out. 2012).

²² Os artigos 14 e 15 do Código Civil chileno estabelecem que: "*Art. 14 - La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. / Art. 15 - A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero.*" (CHILE. Código Civil de la Republica de Chile. **Imprenta Nacional**, Santiago, 31 may. 1856. Disponível em: <www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. Acesso em: 22 out. 2012).

onde impera a lei do lugar de residência do contratante (este aplicado subsidiariamente ao critério do domicílio, acima mencionado²³); e a lei do foro, que reina no tocante às questões processuais, onde a lei que definirá a capacidade das partes é a do local onde for ajuizada a demanda oriunda daquele negócio. Contudo, são raramente vistos sendo aplicados, prevalecendo os dois primeiros, pormenorizadamente aplicados.

Considerando que a capacidade do indivíduo para a prática de atos que geram direitos ou obrigações nitidamente define a sua aptidão para interagir com o meio social onde vive, não há dúvidas que as normas que dela lidam revestem-se de caráter de ordem pública. Até porque a plena capacidade conferida a uma pessoa depende dos parâmetros balizadores de cada Estado, sendo exemplo destas dissonâncias os locais onde a maioridade é atingida aos 18 anos e outros, onde esta se dá aos 21 anos.

Diante disso, ao celebrar um contrato, é necessário verificar qual a norma a que o indivíduo encontra-se sujeito no tocante à determinação de sua capacidade, evitando que o mesmo celebre o contrato numa situação de incapacidade, tornando assim nulo ou anulável o contrato.

A saída normalmente encontrada para resolver problemas nesse sentido é a escolha de um local para a celebração do contrato onde as partes contratantes tenham sua capacidade plena reconhecida.

Por fim, uma questão que pode ser suscitada diz respeito ao fato de uma pessoa, após ter celebrado um contrato, mudar-se e ter novo domicílio em um local onde sua capacidade seja reduzida. Num exemplo hipotético, caso um indivíduo domiciliado num país, sujeito a uma lei que define que a plena capacidade é adquirida aos 18 anos, celebre um contrato e, depois, mude-se para um país que estabeleça que a capacidade plena somente é atingida aos 21 anos. Nesse caso, indaga-se sobre qual a repercussão desta mudança no contrato existente.

Estes denominados "conflitos móveis"²⁴ são normalmente solucionados levando em conta a lei vigente à época em que o contrato foi celebrado. Isso porque não houve uma mudança da situação e do estado do contrato, mas sim a sujeição do indivíduo a um novo

²³ Há grandes discussões envolvendo a distinção do conceito de residência e domicílio. Não existe um entendimento consolidado, contudo, pode-se notar que normalmente ao domicílio são atribuídos laços que ultrapassam a simples moradia, entrando vínculos de ordem econômica, política e social. Já a residência é tida como o local onde o indivíduo se estabelece enquanto moradia, mas não é o local onde estão seus centros de interesses. Contudo, a questão é polêmica.

²⁴ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2012. p. 314.

ordenamento legal. Assim, são os negócios considerados como plenamente válidos e eficazes, inobstante a mudança operada sobre a capacidade do contratante nesta nova situação.

Tecidas essas considerações, há de se reconhecer que raramente os contratos internacionais comerciais são celebrados por pessoas físicas. A figura da pessoa jurídica reina quase absoluta nas *world trades*. Assim, a capacidade dessas pessoas para contratar merece um pormenorizado estudo.

1.4.1.1 Capacidade das pessoas jurídicas

Antes de se tratar da capacidade de uma pessoa jurídica, é mister que se verifique quais são os critérios para a existência legalmente aceita desta entidade, que variam conforme cada ordenamento jurídico, para, depois, cogitar-se a sua atuação como pessoa capaz de celebrar contratos.

A pessoa jurídica é uma ficção criada pelo Direito para designar associações, fundações, sociedades e outras figuras que, em sua característica essencial, envolvem reuniões de esforços ou bens para a consecução de uma ou mais atividades, desvinculadas das pessoas físicas que a constituíram. São, por assim dizer, entidades abstratas cuja existência decorre do objetivo a que foram constituídas para.

Não se pode conceber uma pessoa jurídica sem definir qual a atividade, qual o motivo, que gerou a necessidade ou opção por sua criação. Num segundo momento, deve-se atender à estruturação formal necessária para sua regular constituição e representação, que varia de país para país.

No comércio internacional as pessoas jurídicas que imperam como atoras dessas transações mercantis globais são as sociedades comerciais. Assim, pela tópica do presente estudo, serão discutidas as regras que regem essas entidades.

Cabe à lei nacional de cada Estado determinar quais são as formalidades necessárias para a efetiva constituição de uma sociedade. No Brasil, por exemplo, não existem grandes restrições, bastando o regular registro do contrato social ou estatuto no respectivo órgão competente para que seja conferida personalidade jurídica à sociedade.

Já em países como Alemanha e Suíça, apenas sociedades comerciais poderão pleitear a concessão de personalidade jurídica, estando excluídas as sociedades de natureza simples ou

peçoal. Na Itália a restrição é ainda maior, eis que apenas sociedades comerciais que exploram determinadas atividades podem pleitear a concessão de personalidade jurídica²⁵.

Assim, a regular existência da sociedade inicia com o atendimento das formalidades impostas pelo país onde for constituída. Dessa maneira, requisito elementar será localizar, primeiro, qual a nacionalidade da sociedade, para determinar a lei que a regerá, e, em um segundo momento, definir quem são as pessoas que legalmente poderão representá-la na hora de celebrar um contrato internacional.

A nacionalidade da sociedade não será definida somente pelo local onde a mesma for constituída. O critério que utiliza este parâmetro para determinar a sua nacionalidade é o da incorporação, segundo o qual o país onde a sociedade for fundada é o da sua nacionalidade. Este é o critério utilizado, por exemplo, pelos Estados Unidos²⁶, onde será considerada norte-americana a sociedade constituída em seu solo.

Esse método sofre críticas por ser demasiadamente formalista, dependente puramente da vontade dos fundadores, permitindo, assim, escolhas arbitrárias e abusivas²⁷ que não necessariamente são condizentes com a realidade.

Outro critério para a determinação da nacionalidade da sociedade é o que leva em conta seu controle, segundo o qual parte-se da nacionalidade dos detentores do capital social da sociedade, que definirão os interesses que a animam, para determinar sua nacionalidade. Assim, uma sociedade constituída no Brasil, com capital norte-americano, seria, segundo este critério, norte-americano.

Este método também sofreu críticas no sentido de ser fácil mudar o controle da sociedade, por meio da simples cessão de suas quotas ou ações. Assim, haveria um cenário de insegurança e instabilidade jurídica muito grande, pois há o risco de, toda vez que houver mudança no seu controle, por tabela, ser modificada sua nacionalidade. Atualmente este critério está em desuso, sendo difícil encontrar uma legislação que ainda a adote.

²⁵ O artigo 2.195 do *Codice Civile* lista quais são as atividades sujeitas à inscrição no *registro delle imprese* (todas de natureza comercial) e os artigos 2.331 (sociedades por ações) e 2.475 (sociedades de responsabilidade limitada) do mesmo código estabelece que o ato da inscrição confere a personalidade jurídica a essas sociedades. (ITÁLIA. *Codice Civile*: Regio Decreto n. 262, de 16 de marzo 1942. *Gazzetta Ufficiale*, Roma, 4 apr. 1942. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em: 23 out. 2012).

²⁶ O comentário (c) da s. 296 do *Restatement of Law Second – Conflict of Laws 2d*, esclarece que: "*Domestic and foreign corporations. A corporation is a domestic corporation with respect to the incorporating state. With respect to other states, it is a foreign corporation.*" (AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*. **American Law Institute Publishing**, Philadelphia, PA, 1971. Disponível em: <www.kentlaw.edu>. Acesso em: 13 ago. 2012).

²⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2012. p. 484.

Por fim, existe o critério para a aferição da nacionalidade da sociedade que considera sua sede social, segundo o qual a sociedade será considerada como sendo nacional do lugar onde for estabelecida sua sede.

Ocorre que esta definição deu azo a uma discussão acerca de qual seria considerada a sede social de uma sociedade: o lugar formalmente previsto em seu ato constitutivo ou o local onde efetivamente estiver centralizada sua gestão e principais negócios.

Atualmente predomina o entendimento no sentido de considerar o local onde estiverem centralizados os principais negócios e a efetiva gestão da sociedade como sendo a sua sede social. Isso porque considerar a sede como sendo aquela definida no ato constitutivo da sociedade permite mais facilmente a ocorrência de fraudes, eis que há o risco de seus controladores optarem por determinar a sede em um lugar que propicie maiores vantagens (ex.: menor carga tributária) mas, de fato, centralizarem a sociedade em outro local.

Este critério é adotado, por exemplo, na França²⁸.

Há países, contudo, que adotam critérios mistos, como o caso da Itália, onde a Lei de Direito Internacional Privado define que as sociedades serão regidas conforme as normas do local onde forem constituídas. Contudo, caso a sua sede seja em território italiano, aplicam-lhe as leis da Itália²⁹.

Ou seja, para verificar a capacidade da sociedade celebrar um contrato é necessário atentar-se não apenas para o país onde a mesma for incorporada, mas também ao local onde se encontra sua sede social. Ademais, deve-se observar o perfeito atendimento aos requisitos de registro nos países onde a sociedade opera, eis que irregularidades neste sentido poderão eivar de nulidade o contrato celebrado, visto que poderão resultar na inexistência jurídica da sociedade irregular.

²⁸ Estabelece o art. 1.837 do *Code Civil* que: "*Toute société dont le siège est situé sur le territoire français est soumise aux dispositions de la loi française.*" (FRANÇA. *Code Civil*. **Imprimerie Nationale**, Paris, 21 mai 1804, Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 23 out. 2012).

²⁹ *Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti. 2. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: --a) la natura giuridica; --b) la denominazione o ragione sociale; --c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; --d) la capacità; --e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; --f) la rappresentanza dell'ente; --g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; --h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; --i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. 3. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati* (ITALIA. Legge 31 maggio 1995, n. 218. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 3 giu. 1995. Disponível em: <www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218!vig>. Acesso em: 22 out. 2012).

A regularidade da constituição e registros da sociedade é também fundamental no tocante à análise dos seus atos constitutivos, que determinam quais são os pressupostos que autorizam a sociedade a celebrar contratos e quais são as atividades onde a mesma é autorizada a atuar. Nos países onde se adota a teoria da *ultra vires*, como nos Estados Unidos, os atos praticados em nome da sociedade devem estar de acordo com sua *charter* (equivalente ao estatuto social das sociedades anônimas), sob pena de serem considerados nulos. Nesses casos, antes de celebrar um contrato é necessário analisar se o negócio celebrado e o indivíduo representando a sociedade estão em conformidade com o seu ato constitutivo.

Há uma corrente doutrinária que aponta para o fim da teoria da *ultra vires*, conforme esclarece Steven L. Emanuel³⁰, considerando dois pontos: o primeiro decorre da concepção de que essas limitações para contratar devem estar expressas nos atos constitutivos. Caso haja omissões, elas, em tese, não existem. E a regra vem sendo a omissão dessas restrições.

Um segundo ponto diz respeito à posição dos tribunais norte-americanos, que vêm reconhecendo como válido o contrato, mesmo fora dos limites estipulados nos atos constitutivos, eis que houve uma manifestação de contratar pela sociedade, sendo injusto ao terceiro contratante sair prejudicado pelo descumprimento do ato constitutivo pelo representante da empresa.

Contudo, considerando que o Direito apresenta uma velocidade de mudanças mais lenta que o dinamismo do mercado, a cautela manda reconhecer o risco da teoria da *ultra vires* nas sociedades.

Para a celebração de contratos a sociedade necessita de um representante que esteja investido de poderes para, em seu nome, assumir direitos e obrigações. Assim, além de verificar se a sociedade tem existência legalmente reconhecida e capacidade para contratar, deve-se confirmar se a pessoa física que a representa está, de acordo com a lei que rege a capacidade da sociedade, regularmente apta a assim proceder. Do contrário, ter-se-á uma situação onde, não estando devidamente representada, não poderá ser a sociedade considerada contratante, trazendo complicações à segurança e estabilidade do negócio firmado.

³⁰ Deve-se, contudo, ressaltar que a teoria da *ultra vires* vem sendo abolida, conforme aponta Steven L. Emanuel: "Modern american corporate statutes have largely **eliminated** the *ultra vires* doctrine. Two distinct developments have made this occur:

1. Broad Power clauses: First of all [...] under most statutes unless the articles of incorporation expressly the corporation's powers, it will be deemed to have the power to engage in **any lawful business activity**. Therefore, the probability that the corporation will try to do something beyond the scope of its charter is much reduced.

2. Formal abolition doctrine: Second, almost all states have explicitly **abolished** the doctrine as to lawsuits by or against a **third party** who has done business with the corporation." (EMANUEL, Steven L. **Emanuel law outlines: corporations**. New York: Aspen Publishers, 2009. p. 22-23).

Se a sociedade for representada por seus diretores ou administradores, devidamente registrados nos atos constitutivos ou documentos regularmente necessários, e que não tenham impedimentos legais para o exercício destes cargos, a representação da sociedade pode se dar por meio dessas pessoas, sendo certa a sua responsabilidade.

Contudo, se representação for por meio de pessoa investida de poderes representativos mediante uma procuração, faz-se necessário observar as formalidades para que o instrumento de outorga de poderes atenda não apenas às formalidades do país onde ele é firmado, mas também à dos locais onde surtirá efeitos.

Cada país tem a soberania para definir os requisitos legais para determinar como devem ser outorgadas as procurações (por exemplo se há registros necessários ou não). Para uma maior segurança no tocante à validade e aceitação destes instrumentos, notam-se a celebração de acordos e tratados internacionais reconhecendo a validade de procurações outorgadas entre seus signatários.

Um desses tratados é a Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no Exterior, com 18 signatários, entre eles o Brasil³¹, que já logo em seu artigo 1º estabelece que as procurações devidamente outorgadas num dos Estados Partes daquela Convenção serão válidas em qualquer dos outros, se observarem as normas estabelecidas naquela Convenção. As normas nela trazidas demonstram o nítido interesse em simplificar o reconhecimento das procurações, fugindo da tradição cartorial dos Direitos latino-americanos.

Outro requerimento que vem ganhando simplificações diz respeito à necessidade de consularização da procuração nos respectivos consulados dos países onde se pretende fazer aquele documento produzir efeito. Este procedimento consiste em registrar a procuração no consulado representativo do país onde se deseja aplicar esta procuração, para que haja a chancela do consulado, conferindo reconhecimento da legitimidade daquela procuração.

O abrandamento observado decorre da Convenção de Abolição dos Requerimentos para a Legalização de Documentos Públicos Estrangeiros³², celebrada em 5 de outubro de 1.961, em Haia, que hoje conta com 104 signatários (o Brasil não é parte desta convenção).

Este acordo multilateral visa desburocratizar este procedimento, através da possibilidade de autoridades internas apontadas pelos próprios países signatários reconhecerem

³¹ BRASIL. Decreto n°. 1.213, de 3 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no Exterior, adotada na Cidade do Panamá, em 30 de janeiro de 1975. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 ago. 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1213.htm>. Acesso em: 17 out. 2012.

³² Tradução nossa de "*Convention Abolishing The Requirement Of Legalisation For Foreign Public Documents*."

a eficácia e validade de documentos públicos de outros membros sem as excessivas formalidades exigidas pelos consulados, que, não raro, variam de país para país, gerando uma relativa instabilidade procedimental.

Trata-se de mais um avanço contra os formalismos exacerbados que muitas vezes atravancam simples procedimentos, gerando desperdícios de tempo e gastos não plenamente justificáveis.

Dessa maneira, quando um dos contratantes em um contrato internacional for uma sociedade, deve-se analisar a regularidade de sua existência legal, bem como de sua representação, de acordo com a lei que os rege, para a formal regularidade do vínculo contratual estabelecido.

1.4.2 Lei que regerá a relação contratual

O contrato internacional é um negócio jurídico complexo, considerando sua característica de reger uma relação sujeita a mais de um ordenamento nacional. Por conta disso, as peculiaridades que orientam essa relação e que, especialmente, normatizam-na são tão, se não mais, complicadas que a própria estrutura negocial que a reveste.

Não há qualquer questionamento acerca da sujeição de um contrato a um ordenamento jurídico. Quando se parte para um plano internacional, essa máxima é ampliada, considerando que, conforme apontado, para ser internacional um contrato deve surtir efeitos em mais de um país. João Grandino Rodas já apontava essa característica, entendendo que:

As obrigações convencionais ou contratos não estão infensos a ligarem-se a mais de um sistema jurídico. Mormente na época atual, em que o desenvolvimento tecnológico vem diuturnamente reduzindo distâncias e aumentando o relacionamento entre os países. Assim, os contratos internacionais privados, de natureza comercial ou não, que necessitam da interferência do Direito Internacional Privado para a indicação dos direitos que deverão regê-los, são cada vez mais numerosos.³³

Diante disso, é tarefa fundamental definir qual a lei que regerá o vínculo contratual firmado em âmbito internacional.

Contudo, discutir a norma aplicável a um contrato internacional envolve recorrer ao conflito de leis, confrontando os diferentes elementos de conexão dos países onde o contrato

³³ RODAS, João Grandino. Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: _____. (Org.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 20-21.

surtirá efeitos ou manterá vínculos, chegando-se, quando possível, à determinação de um ordenamento jurídico considerado como apto a reger a relação contratual.

Esta problemática não é tão contemporânea, como aponta Peter Nygh, eis que as cidades-estado italianas já concebiam regras para a definição da competência reguladora na Idade Média³⁴, tendo em vista que aquela região, com seu comércio bastante desenvolvido, frequentemente se deparava com elementos estrangeiros em seus territórios.

Portanto, inevitavelmente, um ordenamento jurídico regerá o funcionamento do contrato, definindo seus limites e determinando seus efeitos válidos.

Ocorre que, não raro, após a aplicação das regras de Direito Internacional Privado, mais de um sistema jurídico poderá ser considerado regente da relação contratual. Este complicador não pode ser ignorado, sob risco de trazer maior insegurança à relação. Contra isso, algumas ferramentas já foram desenvolvidas, como será apontado.

O (s) ordenamento (s) que reger (em) a o contrato internacional regularão tanto seus aspectos intrínsecos, ou seja, a relação contratual desenvolvida, como seus aspectos extrínsecos, quais sejam, a sua forma e formatação.

É forçoso reconhecer que os contratos internacionais serão em forma escrita, considerando simples pontos que o seu caráter internacional exige: raramente são firmados negócios sem o envio de uma proposta, que será seguida de um aceite ou uma contraproposta. Ademais, diversos pontos deverão ser acertados, em grau de detalhamento que ultrapassa a capacidade de memorização humana. Por fim, para efetivamente confirmar o vínculo, é necessário o aceite dos contratantes, tradicionalmente feito mediante a aposição de assinatura no documento que vincula as partes em uma relação jurídica.

Nenhuma dessas hipóteses, que são simples elementos de garantia e comprovação do negócio jurídico existente entre contratantes, é satisfeita pelos contratos verbais. Dessa maneira, não se pode cogitar que uma negociação de nível internacional se materializará apenas em acertos verbais, não materialmente impressos.

Considerado esse ponto, há de se questionar qual a regra que será tomada como apta a determinar qual a forma, a estrutura técnica, em que deverá ser moldado o contrato. Ademais,

³⁴ Esclarece o autor que: "*Any discussion of the history of choice of Law in contract must start at the beginnings of private international Law in the Middle Ages. The first attempt to delimit the ambit of conflicting statutes (which must be taken to include the ambit of unwritten customary law) amongst the city states and small principalities of that era was made in Northern Italy in the thirteenth and fourteenth centuries. The question as to who had authority over whom and what. Two principles of allegiance competed with each other: the principle of personal (tribal) allegiance of the Early Middle Ages and the principle of territoriality more fitting to the control of the feudal lords over property (especially land) within his domains.*" (NYGH, Peter. **Autonomy in international contracts**. Oxford: Oxford University, 1999. p. 3).

será necessário considerar que algumas solenidades podem ser necessárias, por força da lei que reger a forma dos contratos.

Há dois grandes parâmetros de definição da estrutura do contrato: são os que consideram o dever de atendimento da lei do local de sua celebração (*locus regit actum*) e o que defende o atendimento à lei da nacionalidade das partes (*actor regit actum*).

Por muito tempo o primeiro parâmetro reinou absoluto³⁵. A razão para tanto aparenta decorrer do fato de que a forma do contrato interessa mais aos terceiros e à administração da justiça do que às partes³⁶.

Contudo, os avanços dos meios de comunicação permitiram a quebra de barreiras, possibilitando a celebração de contratos à distância, inclusive com partes contratantes em diferentes países.

Não adentrando o mérito de onde pode ser considerado celebrado o contrato³⁷, tem-se que numa situação como esta, dois ou mais sistemas jurídicos estariam sujeitos a reger as formalidades que devem revestir o contrato.

Destarte, hoje o princípio geral para contratos internacionais é a da liberdade de formas, havendo apenas algumas exceções sujeitas a formalidades legais, que geralmente envolvem imóveis, direitos reais e atividades diretamente vinculadas ao interesse público de cada Estado. Há uma clara autonomia para que as partes contratantes estruturem o contrato da forma como desejarem, tanto que a UNIDROIT, em seus princípios para contratos comerciais internacionais, estabelece esta liberdade no tópico 1.2:

Nenhuma disposição contida nos presentes Princípios exige que um contrato, uma declaração ou qualquer outro ato seja concluído ou mesmo provado mediante forma especial. Ele poderá, ao contrário, ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.³⁸

³⁵ Este é, inclusive, o critério adotado no Brasil, conforme se constata da interpretação do parágrafo primeiro do art. 9º da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro: "Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato." (BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 11 ago. 2011).

³⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 123.

³⁷ Nessa matéria há uma divergência doutrinária onde se questiona qual seria o lugar da formação do contrato: o local onde foi feita a proposta ou onde foi feito o aceite da proposta ou enviada uma contraproposta.

³⁸ O texto oficial do princípio, em inglês, diz que: "*Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses.*"

Com relação à definição da lei aplicável aos aspectos intrínsecos do contrato, para dizer, a lei que regulamentará o negócio formalizado no acordo, é tarefa um tanto mais complexa.

Neste campo a autonomia da vontade das partes sofre sérias restrições, coexistindo com diversos elementos de conexão definidores da lei aplicável à substância do contrato. Atualmente, os principais são os que se apoiam nos seguintes critérios: o da autonomia da vontade das partes (*lex voluntatis*); o do lugar da execução do contrato (*lex loci executionis*); o do lugar da celebração do contrato (*lex loci contractus*); o da lei pessoal do devedor (*lex patriae* ou *domicilii*); e o da lei pessoal das partes envolvidas no contrato (*lex patriae* ou *domicilii*). Passa-se a análise de cada um destes critérios, para um mais detalhado estudo.

1.4.2.1 Lugar da celebração do contrato (*lex loci contractus*)

De acordo com esta regra a lei que governará a relação material do contrato é a do lugar onde o mesmo for considerado constituído. Historicamente, a primeira lei de regência dos contratos foi a *lex loci contractus*³⁹.

Numa situação onde o contrato seja celebrado entre contratantes presentes, isto é, todos encontram-se no mesmo lugar físico no momento da assinatura do documento, não há dificuldades em definir onde foi este lugar.

Contudo, a situação ganha certa complexidade quando envolve um contrato celebrado entre ausentes, isto é, cada contratante em um país ou sob a sujeição de ordenamentos jurídicos diferentes. Isso ocorre, por exemplo, quando o negócio for firmado por meio de cartas ou mediante trocas de correspondências eletrônicas.

Nesse cenário, concluir onde será tido como celebrado o contrato é situação que enseja algumas discussões.

Considerando que o ânimo de contratar inicia-se da pessoa que faz a oferta à contraparte, a primeira saída seria considerar o local de onde foi enviada a proposta como o de sua constituição. Assim, se concluído o negócio mediante o simples aceite, ter-se-á como a legislação que regerá o contrato a do país de onde foi enviada a proposta para contratar.

³⁹ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: _____. (Org.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 43.

Contudo, em havendo como resposta a uma proposta o envio de uma contraproposta, ou caso sejam feitas reiteradas tratativas até a redação final do contrato, reina o questionamento de qual o ordenamento, então, que será considerado como regente da relação.

Além disso, numa situação ainda mais complexa: caso o acordo seja celebrado dentro de um avião de caráter plurinacional, na estratosfera ou sobre o alto mar⁴⁰, qual será considerado o país da celebração do contrato, eis que há nítido caráter internacional neste cenário?

Uma solução encontrada para situações como estas é aplicar o princípio do centro de gravidade, onde, analisando-se toda a conjuntura da contratação, do cumprimento do negócio formalizado e da estrutura das previsões contratuais, verifica-se com qual ordenamento ele guarda mais relações. Assim, identifica-se, por critério de aproximação, o país que será considerado como o da conclusão do contrato.

Ocorre que este processo não é simples e, não facilmente, poderá apontar para um ordenamento bastante distante dos países onde as negociações ocorreram antes da conclusão do contrato. Além disso, pode resultar na aplicação de um ordenamento que os contratantes não desejam, potencialmente gerando controvérsias.

Como alternativa, outra solução para a determinação da lei aplicável em cenários complexos como os expostos anteriormente é a de considerar o local de onde surgiu a base negocial do contrato, ou seja, o alicerce principal do acordo, como o de sua celebração. Contudo, novamente há empecilhos, podendo-se considerar, por exemplo, a situação dos contratos *turn key*, em que surgirá a questão de considerar ou o local onde foi apresentada a proposta técnica ou o local onde foi celebrado o contrato para o fornecimento de mercadorias e serviços. Ambos constituem bases negociais imprescindíveis à conclusão do contrato, dificultando a localização do "centro de gravidade" do acordo.

O que se nota é que este critério apresenta diversos questionamentos que inevitavelmente gerarão complicações, estando hoje um tanto ultrapassado, entrando em desuso. Como exemplo deste movimento pode-se citar um dado fornecido pelo professor Symeon C. Symeonides, durante um curso proferido na Academia de Direito Internacional de Haia, apontando que nos Estados Unidos este critério está sendo abandonado pelas cortes nacionais, sendo que, na época em que expôs seu trabalho (ano de 2.002), 41 Estados norte-americanos haviam deixado de usar o critério da *lex loci contractus*, restando 11 estados que ainda o utilizavam⁴¹.

⁴⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 109.

⁴¹ SYMEONIDES Symeon C. The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow. In: HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW **Recueil Des Cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law. Maubeuge: Martinus Nijhoff, 2003. p. 75.

Contudo, ainda é bastante encontrado, sendo, por exemplo, o critério adotado pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁴².

1.4.2.2 Lugar da execução do contrato (lex loci executionis)

De acordo com esse critério a lei que regerá a relação contratual é a do país onde a obrigação nele prevista tiver de ser executada.

Considerando uma situação onde um contrato possua caráter internacional de acordo com os parâmetros já abordados, mas o objeto nele contratado seja realizado apenas no território de um Estado, inexistem maiores questionamentos. Aplica-se a lei daquele país à relação contratual.

Todavia, raramente as obrigações previstas em contratos internacionais realizam-se apenas em um local, justamente por conta da internacionalidade da relação, que, por si só, já exige a repercussão do negócio em mais de um país. Basta considerar que um simples contrato de compra e venda realizado entre pessoas domiciliadas em dois países diferentes terá obrigações cumpridas em lugares diferentes: a entrega em um país e o pagamento em outro.

Dessa forma, nota-se que este critério é bastante complicado, pois, caso seja efetivamente posto em prática, contratos cuja execução das obrigações ocorra em mais de um país estarão sujeitos a mais de um ordenamento para regê-lo, gerando um cenário de instabilidade e insegurança jurídica que deve ser repellido.

Poder-se-ia cogitar que os contratos que permitem sua *dépeçage* não encontrariam óbices para que suas diversas obrigações fossem regidas pelas leis dos países onde deveriam ser cumpridas. Porém, esta assertiva não pode ser imediatamente considerada, pois diversos ordenamentos regendo uma relação contratual trazem consigo uma possível diversidade de gamas de tratamento no tocante à regularidade do objeto do contrato, definição da capacidade dos contratantes e leis mandatórias, que exigem certa ressalva.

Dessa maneira, este critério acaba sendo pouco utilizado. Todavia, deve-se frisar que as leis que tratam de matérias de ordem pública e as leis de aplicação imediata sempre incidirão no país onde vigorarem, necessariamente regulando as obrigações que forem cumpridas nos

⁴² BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 9 set. 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 11 ago. 2011.

territórios sob a sua soberania, não podendo ser afastadas por meio de convenção entre as partes ou regramentos de sistemas jurídicos estrangeiros⁴³.

Essas normas serão posteriormente abordada pormenorizadamente.

1.4.2.3 Critérios que consideram o domicílio e a nacionalidade das partes (*lex patriae* ou *domicilii*)

Os critérios que levam em consideração o domicílio e a nacionalidade das partes contratantes aplicam-se mais à definição de seu estatuto pessoal do que necessariamente aos contratos que celebram. Raramente são utilizados para a definição da lei que regulamentará um contrato internacional.

O Direito brasileiro adota o critério do local da residência do proponente para a definição da lei aplicável aos contratos entre ausentes. Contudo, não são muitas as situações onde igual previsão é encontrada, sendo este geralmente adotada como critério subsidiário⁴⁴.

A questão problemática deste parâmetro reside no fato de que raramente as partes contratantes, numa relação comercial internacional, terão a mesma nacionalidade. Assim, em prevalecendo a regra da *lex domicilii* ou da *lex patriae*, há grande chance de mais de um ordenamento jurídico ser considerado apto a regular a relação contratual. Inclusive, nas questões envolvendo o reenvio, há fortes chances de se deparar com um conflito de primeiro e segundo grau, de difícil solução.

O predomínio do uso deste critério ocorre em eventuais cobranças, com a execução forçada de dívidas e obrigações. Numa relação internacional, esta se dá conforme as leis do país do domicílio do devedor. Contudo, mais que um elemento de conexão, esta regra tem nela embutida um preceito de ordem pública, eis que o processo de execução forçada deve seguir os

⁴³ Nesse sentido, Mohamed S. Abdel Wahab alerta que: "[...] *it is worth noting that the role of the lex loci executionis may not be neglected, as it may practically find application through principles of public policy* [...]" (WAHAB, Mohamed S. Abdel. Extension of arbitration agreements to third parties: A never ending legal quest through the spatial-temporal continuum. In: FERRARI, Franco; KRÖLL, Stefan (Org.). **Conflict of Laws in international arbitration**. Munich: Sellier. European Law, 2011. p. 175-176).

⁴⁴ Por exemplo o artigo 4º, inciso I, item "a", do Regulamento n.º. 593/2008 do Parlamento e do Conselho Europeu prevê que, não tendo as partes eleito um ordenamento jurídico para regular uma relação contratual internacional, em caráter subsidiário será aplicada a lei da residência habitual do vendedor: "[...] *a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence*." (EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation No. 593/2008, of 17 June 2008. On the law applicable to contractual obligations (Rome I). **Official Journal of the European Union**, jul 4, 2008, p. L. 177/6. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF>. Acesso em: 17 dez. 2012).

princípios e parâmetros do país onde ocorrer, até porque estes procedimentos somente serão efetivados pelas autoridades do local onde reside o devedor.

Assim, dificilmente um contrato internacional será regido por leis definidas mediante a nacionalidade ou domicílio das partes, servindo esta mais como regra subsidiária a outros critérios.

1.4.2.4 Autonomia da vontade das partes (lex voluntatis)

O critério mais utilizado e talvez mais discutido é o que faculta às partes definirem qual será a lei que regerá o contrato internacional por elas firmado.

Credita-se a Dumoulin a fundação da teoria da autonomia das partes para definir a lei da relação contratual. Este jurista defendeu que a lei máxima que rege a relação contratual é a vontade das partes para contratar. Outrossim, sob essa vontade que deve ser edificado todo o tratamento normativo a ser dispensado à relação contratual.

Assim sendo, poderiam as partes contratantes expressamente prever no contrato qual será a lei a ele aplicável ou, tendo-se omitido neste sentido, necessário será que se faça uma análise do contrato para encontrar qual o sistema normativo que implicitamente foi escolhido para regê-lo. Dentre estes fatores, estariam o local da celebração do contrato, o domicílio das partes contratantes e outros fatos similares⁴⁵.

Contudo, como observou João Grandino Rodas, Dumoulin não se preocupou em justificar a razão pela qual unicamente a intenção das partes deve ser consultada no tocante à definição da lei aplicável aos contratos internacionais⁴⁶. Daí porque chegou-se à conclusão de só ter Dumoulin intuitivamente percebido a importância do papel da vontade das partes⁴⁷.

Alguns autores entendem que efetivamente a vontade das partes deve ser aplicada em primeiro plano, servindo as regras de conexão do Direito Internacional Privado como parâmetro subsidiário, quando não houver menção expressa pelas partes contratantes de qual lei regerá a relação contratual. Neste sentido, Irineu Strenger defende que:

Embora, em nossos dias, se admita quase unanimemente que os parceiros de um contrato internacional têm o direito de designar expressamente a lei que os rege, muitos contratos não registram essa escolha e, portanto, se sujeitam às regras que viabilizam a determinação do Direito alienígena ou local, segundo o regime jurídico

⁴⁵ KALENSKÝ, Pavel. **Trends of private international law**. Prague: Nijhoff, [1972]. p. 64 - 65.

⁴⁶ RODAS, João Grandino. Elementos de conexão do direito internacional privado brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: _____. (Org.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

⁴⁷ Ibid.

constante das normas de conflitos dos países perante os quais a questão se coloca, seja na esfera judiciária ou arbitral.⁴⁸

Contudo, não são uma voz unânime, havendo autores, como Luiz Olavo Baptista, que ponderam:

O exame da doutrina e da jurisprudência indica ser muito freqüente o uso da expressão 'autonomia da vontade' quando se trata de localizar os contratos. Entretanto, uma breve reflexão nos faz ver que esta expressão, em direito internacional privado, não constitui uma regra de direito singular, única, que impera soberana, mas, de fato, designa diferentes maneiras de ligar um contrato a determinado sistema jurídico.⁴⁹

Não se pode negar que a autonomia da vontade para a escolha da lei que regerá o contrato é o critério que vem sendo utilizado pelos principais países envolvidos nas relações comerciais internacionais. Prova disso é a diversidade de Tratados e Acordos Internacionais que versam sobre relações comerciais adotam esta previsão. Como exemplo, pode-se apontar a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais da Comunidade Econômica Europeia, assinada em 19 de junho de 1.980 em Roma, Itália, que entrou em força no dia 1º de abril de 1.991, dispondo que a lei que regerá os contratos é a que for escolhida pelas partes⁵⁰.

Reforçando a importância desse critério na União Europeia, o Regulamento nº. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2.008, que trata sobre a Convenção de Roma, de 1.980, em seu comentário nº 11 estipula que a liberdade das partes para a escolha da lei aplicável deve ser um dos pilares do sistema de regras de conflito de leis em matéria de obrigações contratuais⁵¹.

Na América deve-se mencionar a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, celebrado na Cidade do México, em 17 de março de 1.994, da qual o Brasil é signatário⁵². Esta convenção entrou em vigor no dia 15 de dezembro de 1.996 e

⁴⁸ Neste sentido, Irineu Strenger defende que: "Embora, em nossos dias, se admita quase unanimemente que os parceiros de um contrato internacional têm o direito de designar expressamente a lei que os rege, muitos contratos não registram essa escolha e, portanto, se sujeitam às regras que viabilizam a determinação do Direito alienígena ou local, segundo o regime jurídico constante das normas de conflitos dos países perante os quais a questão se coloca, seja na esfera judiciária ou arbitral." (STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: LTR, 2003. p. 126).

⁴⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 40-41.

⁵⁰ O artigo 3º, item (1), da Convenção (80/934/EEC) estipula que: "*A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or a part only of the contract.*"

⁵¹ Tradução nossa de: "*The parties' freedom to choose the applicable law should be one of the cornerstones of the system of conflict-of-law rules in matters of contractual obligations.*"

⁵² Contudo, este tratado ainda não foi ratificado pelo Brasil.

igualmente prevê a regra da autonomia das partes contratantes na definição da lei aplicável aos contratos internacionais⁵³.

Essa plena liberdade, contudo, não é absoluta. Conforme se discutirá, as situações de incidência de normas de ordem pública ou de aplicação imediata afastam esta ampla autonomia, configurando verdadeiras restrições a essa plena liberdade.

Contudo, quando reconhecida e válida, a autonomia da vontade na escolha da lei aplicável constitui ampla opção aos contratantes. Todavia, recomendam-se critérios no momento da eleição da legislação, não podendo esta opção decorrer de um mero acaso.

Para tanto, é interessante mencionar a ressalva de Larry A. DiMatteo no tocante ao alcance da autonomia para eleição da lei que regerá o contrato, sendo recomendável que a legislação escolhida guarde alguma conexão com as partes contratantes ou com o contrato⁵⁴.

Ademais, há de se considerar que a escolha da lei aplicável servirá, não raro, para atender a situações que ultrapassam a simples vontade das partes, como observa Jete Jane Fiorati: “[...] a cada dia a tecnologia evolui e abre novas possibilidades de negócio e muitas regras internas nada dispõem sobre a disciplina jurídica necessária à regulamentação e utilização de novas tecnologias, bem como seus reflexos nas relações econômico-jurídicas entre as partes.”⁵⁵

Mas não se deve olvidar que essa autonomia também pode gerar controvérsias, como no caso em que as partes contratantes não cheguem a um consenso sobre qual a legislação que elegerão como a apta a regulamentar o contrato. Situações como esta podem trazer empecilhos que paralisam a concretização do negócio.

Inobstante uma situação dessas configure um impasse negocial, seus contornos e consequências jurídicas exigem uma atenção do Direito, até para a possibilidade de oferta de segurança ao negócio. Assim, interessante é a sugestão de Luiz Olavo Baptista, onde, diante de um impasse como este, as partes adotem como lei aquela que, confrontando regras de conflito de leis provavelmente aplicáveis por juízes potencialmente competentes para julgar conflitos oriundos do negócio firmado, seria apontada como a regente do negócio⁵⁶. Caso o resultado

⁵³ O artigo 7 da Convenção estabelece que: "O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo."

⁵⁴ Ressalva o autor que: "*Internationally, courts and arbitration tribunals have generally enforced contractual choice of law clauses. However, courts will usually require that the choice of law have some connection to the parties or the contracts. Conversely, arbitration tribunals are more likely to enforce a reasonable choice of law selection even if the choice is not connected to the contract or the transaction.*" (DIMATTEO, Larry A. **Law of International Contracting**. Netherlands: Kluwer Law International, 2009. p. 44).

⁵⁵ FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**. Franca: Ed. UNESP, 2006. p. 146-147.

⁵⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 112.

dessa análise indique mais de um ordenamento, que seja escolhido um destes, eis que tal opção poderia servir como critério para definição da lei aplicável quando o magistrado se vir num impasse entre os ordenamentos potencialmente aplicáveis.

Em suma, a tendência mundial é para a adoção deste critério para a definição da lei aplicável aos contratos internacionais, eis que a ideia de autonomia internacional das partes contratantes mostra-se cada vez mais um dos pilares principiológicos dos contratos internacionais do comércio.

1.4.3 Dépeçage

A técnica da *dépeçage* ou *morcellement* consiste no particionamento do contrato, determinando a incidência de diferentes ordenamentos jurídicos a distintas previsões trazidas em seu corpo. Em outras palavras, é a divisão do contrato conforme a lei aplicável, de modo que suas previsões não estejam sujeitas a apenas um ordenamento, especificando-se quais são as determinações que serão regidas por cada ordenamento jurídico a ele aplicável.

Sua aplicabilidade é reconhecida por diversos ordenamentos e tratados internacionais, como a Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (artigo 7) e a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais da Comunidade Econômica Europeia (artigo 3.1).

A utilização desta técnica é bastante vantajosa em situações onde as regras de conflitos de leis apontem para mais de um ordenamento. Permite-se, quando possível, que as cláusulas relativas às obrigações cumpridas num dos países estejam sujeitas àquelas leis, e as cláusulas tratando de obrigações executadas em outro país sejam regidas por aquela legislação.

Assim, mantém-se mais facilmente uma estrutura válida do contrato internacional, eis que se determinada cláusula afrontar a lei de um dos países que regerá a relação contratual, opta-se por sujeitar aquela cláusula à outra legislação, evitando a declaração de sua nulidade, que comprometeria o documento.

Contudo, a *dépeçage* só é permitida nos países onde a escolha da lei segue o critério da *lex voluntatis*, eis que países que possuem regras de conexão rígidas, como o Brasil, não aceitam esse particionamento, devendo o contrato ser regido inteiramente por sua lei nacional, quando for o caso.

A sua utilização por tribunais nacionais, contudo, chegou a levantar algumas discussões, como a possibilidade de estes valerem-se da técnica da *dépeçage* para deixar de aplicar normas estrangeiras "não interessantes" a essas cortes. Contudo, John Ahern e William Binchy esclarecem que tal assertiva é equivocada, apontando que o processo de escolha da lei é um procedimento que deve ser "cego" às influências substantivas e ao conteúdo das diferentes legislações, exceto no tocante às normas de ordem pública, cujos ditames não podem ser ignorados⁵⁷.

Assim, a utilização desta ferramenta, quando aplicável de modo consciente, mostra consideráveis vantagens, possibilitando aos contratantes melhor reger e definir os alcances normativos que regularão seu contrato.

1.5 A *lex mercatoria*

O conceito de *lex mercatoria* atual destoou muito de sua antiga concepção.

Tradicionalmente tida como a regra aplicáveis aos comerciantes, que decorreria das normas emanadas das diversas corporações de ofício, eficazes apenas àqueles mercadores que estivessem regularmente inscritos nessas entidades, a *lex mercatoria* hoje se depara com a ampliação do conceito de atividade comercial e de comerciante, e encontra sua validade sujeita aos diversos ordenamentos nacionais formulados pelos Estados.

Não se pode olvidar o fato de que a *lex mercatoria* foi sendo elaborada desde a Idade Média, quando a figura dos Estados nacionais ainda estava em formação. Dessa maneira, sua eficácia era ampliada considerando que os antigos tribunais do comércio, que julgavam conforme essas regras, eram os competentes para conhecer das contendas mercantis, e não raramente estas cortes gozavam de plena autonomia, ante a falta da presença de um Estado consolidado.

Neste cenário, a ideia de leis comerciais aos comerciantes é um conceito que não encontraria grandes óbices para ser implementado.

Contudo, atualmente o comércio encontra-se submetido a diversas soberanias que possuem leis próprias e, em última instância, tribunais próprios para fazer valer as leis

⁵⁷ "Dépeçage has been adopted in some European states, but not as a device through which courts can avoid unattractive applicable laws. Under the traditional approach to conflict of laws, still dominant outside the United States, the choice of law process is generally supposed to be blind to substantive outcomes and the content of the different applicable laws, except when it comes to public policy (where the term *statuta odiosa* is more commonly used)." (AHERN, John; BINCHY, William. **The Rome II Regulation on the Law applicable to non-contractual obligations**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009. p. 138).

promulgadas por seus Estados. Dessa maneira, a *lex mercatoria* hoje depende do reconhecimento de sua validade por estas soberanias para poder encontrar uma eficácia legalmente admitida. Assim, adaptando-se a esse novo contexto, passou ela por uma modernização que gera diversas discussões, ainda distante de uma plena pacificação.

Os parâmetros dessa nova *lex mercatoria* começaram a ser formulados por Berthold Goldman, em 1964, na publicação do artigo "*Frontières Du droit Et lex mercatoria*", que lançou as bases para a discussão da nova caracterização da *lex mercatoria*. Segundo o jurista, ela estaria atualmente alicerçada nos contratos-tipo apresentados pelas associações profissionais ou empresas operadoras do comércio internacional e entidades internacionais de estudo da mercancia global, nos usos praticados por comerciantes internacionais e pela arbitragem, que dará eficácia aos princípios e regras traçados nessas relações mercantis⁵⁸.

Assim, estas três práticas hoje dão o contorno dos parâmetros da nova *lex mercatoria*.

Todavia, a grande discussão da *lex mercatoria* envolve sua aceitação pelos ordenamentos nacionais onde for requerida a sua aplicação. A questão paira acerca da modalidade como a qual deve a *lex mercatoria* ser encarada: um direito supranacional ou simples regras implicitamente inseridas num contrato internacional. Esta distinção é importante pois, no primeiro caso, estará a *lex mercatoria* sujeita a normas de Direito Internacional Privado, enquanto no segundo caso haverá a sua submissão às leis do país onde for requerida sua aplicabilidade.

Não há hoje uma opinião dominante sobre qual é a natureza da *lex mercatoria*. Há estudiosos que defendem seu reconhecimento como ordenamento supranacional, como Luis Cezar Ramos Pereira, ao defender que:

Ora, quando falo de Direito estrangeiro me refiro, também, sobre a *lex mercatoria*, que pode ser cristalizada em ato internacional ou em simples regras editadas por pessoas jurídicas sem personalidade internacional, mas que detêm uma força igual ou maior do que muitos entes internacionais, com tal personalidade. A *lex mercatoria* influencia e dá voz de comando cogente, dentro do comércio internacional. Um exemplo claro disso é a atuação dos árbitros da Câmara de Comércio Internacional, que julgam conforme *lès usages Du commerce* sendo que seus laudos ou sentenças são homologadas pelos Estados sem o menor problema, desde que não firam a soberania, sejam realizadas sob fraude à lei ou ataquem a ordem pública.⁵⁹

⁵⁸ GOLDMAN, Berthold apud FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**. Tradução de Valério Mazzuolli. Franca: Ed. UNESP, 2006. p. 31-46.

⁵⁹ PEREIRA, Luis Cesar Ramos. **Limitação e a não aplicabilidade do direito**. São Paulo: Renovar, 2001. p. 298-299.

Este tratamento supranacional da *lex mercatoria* foi reconhecido no caso n°. 9875 da Câmara de Comércio Internacional, na sentença arbitral parcial proferida em Janeiro de 1999, quando o Tribunal Arbitral, reconhecendo que não havia cláusula de eleição de lei no contrato envolvendo as partes litigantes, e, dado o contexto do negócio celebrado, não era possível localizar uma legislação nacional adequada ao tratamento da matéria. Optou, então, por aplicar a *lex mercatoria*.

O caso envolvia uma empresa francesa que recebeu a licença de uma empresa japonesa para produzir e comercializar seus produtos na Europa. O contrato envolvendo ambos não tinha uma cláusula de eleição de lei aplicável. Frente a isso, o tribunal arbitral instaurado entendeu que:

The arbitral tribunal considers that the difficulties to find decisive factors qualifying either Japanese or French law as applicable to the contract reveals the inadequacy of the choice of a domestic legal system to govern a case like this. A contract concluded between Japanese and French companies concerning license to manufacture products and to sell them in various parts of the world is not appropriately governed by the national law of one of the parties, failing agreement on such a choice. [...]

The appropriate 'rule of law' to be applied to the merits of this case are those of the lex mercatoria, that is the rules of the law and usage of international trade which have been gradually elaborated by different sources such as the operators of international trade themselves, their associations, the decisions of international arbitral tribunals and some institutions like Unidroit and its recent published Principles of international Commercial Contracts.⁶⁰

Nota-se que o tribunal arbitral deste caso considerou a *lex mercatoria* como um direito supranacional aplicável aos comerciantes, emanada de fontes identificadas, destarte legitimando-a a regular uma relação que não encontrava normas nacionais coerentemente aplicáveis. Mesmo que em caráter subsidiário, foi-lhe reconhecida existência, validade e eficácia de sistema normativo.

Em contrapartida, também há entendimentos que negam a qualidade normativa da *lex mercatoria*, reconhecendo-a mais como uma fonte de princípios, como Irineu Strenger, que a qualifica como um sistema principiológico⁶¹. Essa foi a posição do Tribunal Arbitral no julgamento do caso n°. 9419 da Câmara de Comércio Internacional, julgando um contrato que também não tinha cláusula de eleição de lei, entendendo aquele julgador que:

⁶⁰ ICC International Court of Arbitration Bulletin – vol. 12, No. 2 95. 1999. p 96-97 apud PRYLES, Michael. **Application of the Lex Mercatoria in international commercial arbitration**. p. 17. Disponível em: <www.arbitration-icca.org/media/0/12223880790810/application_of_the_lex_mercatoria.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2013.

⁶¹ STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: LTR, 2003. p. 46.

The undersigned arbitrator is not convinced of the applicability of the so called lex mercatoria. While acknowledging the authoritativeness of the school of thought that has posited the existence of such an unwritten and supranational law, based on principles and usages generally accepted by players in international commerce (so-called mercatores), and although aware that there have been awards in international commercial arbitration where explicit reference is made to lex mercatoria, the undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of lex mercatoria and which firmly believes that the search for a law that can be applied to a contractual relationship must necessarily lead to the identification of a national law.

Notwithstanding this, the arbitrator must in all events take account not only the contractual stipulations, but also of trade usages (as provided for in article 13.5 of the ICC Rules). In other words, precisely due to their general acceptance by the mercatores community, trade usage can be considered to be tacitly acknowledged by the parties in their contractual relationship. Such usages incorporate the contractual regulation of the relationship, though without excluding the need to identify the relative legislative framework.

With regard to the Principles drawn up by Unidroit, it is quite true that these may be considered as a kind of codification of the lex mercatoria, but once again these are the result of highly commendable work of academic research and comparison, as well as the reflection of an increasingly eager aspiration to arrive, as it were, at a globalization of legal thinking, though without attributing any binding value to such Principles.

This means that the Unidroit Principles could certainly be used for reference by the parties involved for the voluntary regulation of their contractual relationship, in addition to helping the arbitrator in confirming the existence of particular trade usages, but they cannot constitute a normative body in themselves that can be considered as an applicable supranational law to replace a national law, at least as long as the arbitrator is required to identify applicable law by choosing the rule of conflict that he considers most appropriate, in accordance with the provisions laid down by the international conventions and as provided for in rules of arbitration within the scope of which he operates.⁶²

Nota-se que neste segundo caso o árbitro não reconheceu a legitimidade da *lex mercatoria* como direito supranacional, tratando-a mais como um conjunto de regras aplicáveis ao contrato, desde que expressamente requerido pelos contendentes, sujeitos às normativas de uma legislação nacional.

Em última análise, infere-se que a qualificação da *lex mercatoria* passa por um crivo discricionário do julgador, não sendo possível prever uma pacificação do entendimento da sua natureza. Dessa maneira, não há como prever se sua incidência será de forma a normatizar a relação comercial ou se será apenas uma ferramenta de apoio às normas aplicáveis aos contratos internacionais do comércio.

Esta dualidade, pendente mais à qualificação da *lex mercatoria* como princípio, decorre de sua própria concepção, como aponta Luiz Olavo Baptista, ao entender que:

⁶² ICC International Court of Arbitration Bulletin – vol. 10, No. 2 104. 1999. p 105-106 apud PRYLES, Michael. **Application of the Lex Mercatoria in international commercial arbitration**. p. 18. Disponível em: <www.arbitration-icca.org/media/0/12223880790810/application_of_the_lex_mercatoria.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2013.

A busca da anacionalidade, de um lado, leva à aproximação com a noção de equidade, e, de outro, à utilização dos princípios gerais de direito comum a todos os povos (numa expressão encontrada em célebre decisão arbitral) ou aos princípios gerais do direito internacional a que se refere o art. 38 do estatuto da C. I. J.⁶³

Ademais, pesa contra a definição da *lex mercatoria* como norma a sua imprecisão, eis que, inobstante algumas de suas peculiaridades estarem materializadas na forma de contratos-padrão (com cláusulas já pré-redigidas) e princípios estruturados, como os mapeados pela UNIDROIT, usos e costumes passam por constantes reformulações, não sendo possível consolidar todos.

Contudo, a *lex mercatoria* encontra aceitação, seja como norma, seja como princípio, podendo as partes, se desejarem, aplicá-la. E no tocante à sua validade perante tribunais nacionais, vale a ponderação foi feita por Jete Jane Fiorati, para quem um direito espontâneo, surgido da necessidade a partir da congruência jurídica realizada pelos comerciantes internacionais, não necessita tanto da aceitação formal de um Estado, bastando apenas sua não contrariedade para ganhar eficácia.⁶⁴

Dessa maneira, poderá um contrato internacional encontrar-se regulado pela *lex mercatoria*, inobstante as questões acima formuladas, não podendo ser ignorada numa relação comercial internacional.

1.6 A segurança jurídica

A ideia de segurança jurídica é obtida mediante uma construção de raciocínio que passa pelo sentido de validade e eficácia dos ordenamentos jurídicos, dessa forma estabilizando relações amparadas pelo Direito.

Inicialmente, deve-se apontar que o termo segurança jurídica não se encontra isento de críticas, como as feitas pela ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro Carmem Lucia Antunes Rocha, para quem a segurança jurídica poderia mesmo parecer tautologia. Direito e segurança andam juntos. Claro: o direito põe-se para dar segurança, pois, para se ter insegurança, direito não é necessário.⁶⁵

⁶³ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 66.

⁶⁴ FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**. Franca: Ed. UNESP, 2006. 50.

⁶⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes apud VIEGAS, Carlos Alberto Caemo. **A polêmica súmula 584 do STF e a segurança jurídica no direito tributário**. São Paulo: Baraúna, 2011. p. 50.

Contudo, trata-se de conceito oriundo de consequência fundamental do sistema normativo jurídico da forma como hoje é estruturado, não podendo ser desconsiderado sob o argumento de que não passa de uma redundância.

Em linhas gerais, Francisco Amaral, de forma didática, estabelece que a segurança jurídica: “[...] consiste, precisamente, na certeza da ordem jurídica e na confiança de sua realização, isto é, no conhecimento dos direitos e deveres estabelecidos e na certeza de seu exercício e cumprimento, e ainda na previsibilidade dos efeitos do comportamento pessoal.”⁶⁶

Este conceito inicial, voltado a iniciantes dos estudos jurídicos, simplifica, porém não aborda profundamente, a ideia de segurança jurídica.

Primeiramente, há de se discutir o que seria a estabilidade das relações, ideia acobertada pelo manto da segurança jurídica, como uma garantidora desta certeza.

O ser humano é um ser social, destarte vive com outros em grupos onde, para uma simbiose comunitária, necessitou da concepção de regras para a harmonização do convívio. Isso porque, partindo-se do pressuposto hobbesiano do homem em seu estado de natureza, a tendência natural seria a competição e sobrevivência não necessariamente do mais forte, mas do mais adaptado à obtenção de vantagens em benefícios próprios. Haveria uma incessante guerra pela vida.

Para quebrar esta tendência de auto-aniquilação do grupo, foram estabelecidas normas que conduziriam a uma harmonização social e a um amplo benefício dos seus membros, possibilitando que a construção de uma sociedade fosse não só possível, mas também viável. Assim, tendo cada indivíduo cedido um pouco de sua independência e autonomia em prol dessas regras de convívio social, tornou-se possível o estabelecimento de diretrizes normativas que organizariam estes grupos em uma massa autossuficiente ou apta a se relacionar com outros grupos, obtendo aquilo que lhe fosse escasso, permitindo uma maior sobrevivência de seus integrantes.

Têm-se, então, os parâmetros da teoria contratualista da formação do Estado, segundo o qual há um contrato social celebrado pelos indivíduos de uma sociedade, cedendo parte de sua liberdade em prol de um poder maior que, em contrapartida, editaria normas e regularia condutas que permitiria uma harmonia do convívio em grupo⁶⁷.

⁶⁶ AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 19.

⁶⁷ Dalmo Dallari detalha esta teoria como: "Tornados conscientes dessas leis os homens celebram o *contrato*, que é a mútua transferência de direitos. E é por força deste ato puramente racional que se estabelece a vida em sociedade, cuja preservação, entretanto, depende da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza anteriormente referidas. Esse poder visível é o Estado, um grande robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa." (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25).

Constituindo-se então este poder maior, legitimado a estabelecer regras determinadoras de condutas de seus subordinados, começam a ser lapidadas as primeiras ideias dessa estabilização de comportamentos que levará à formação do princípio da segurança jurídica.

Em um cenário onde se encontram normas editadas, traçando regras imperativas cujo cumprimento torna-se obrigatório, natural é a formação da expectativa de previsibilidade da conduta das pessoas sujeitas a esta norma. Assim, há esta certa presunção de que um membro de um determinado grupo onde existem normas, as seguirá, assegurando o seu previsível comportamento.

Contudo, casos há em que um indivíduo não opta por acatar as determinações desta norma emanada, gerando com esse ato de rebeldia a quebra da harmonia estabelecida pelas regras formuladas. Essa possibilidade existe em decorrência do fato de as leis não formularem regras que serão cumpridas, mas sim que devem ser cumpridas⁶⁸.

Remediando casos assim, criaram-se uma série de sanções de caráter patrimonial, até a privativa de liberdade, em alguns casos chegando à pena capital (pena de morte), punindo os descumpridores dos preceitos normativos estabelecidos em cada grupo. Isso ilustra, portanto, que as normas não traduzem certezas de cumprimento, mas sim garantias de observância obrigatória sob pena de punição do descumpridor, fomentando a ideia de atendimento à observância das normas, evitando-se uma sanção.

Consequência do poder maior que lhe é conferido, somente o Estado encontra-se legitimado a impor estas sanções, detendo o monopólio de uso do *jus puniendi*, conforme já pacificamente debatido. Os limites e formas de determinação dessas penas fogem ao escopo da presente pesquisa, mas deve ser ressaltado que regras há para a instituição de punições, não podendo ser extrapolados direitos individuais de dignidade do infrator, merecendo uma cautela para evitar excessos.

Ocorre que uma premissa essencial deve ser muito bem esclarecida para concretizar a ideia de segurança jurídica. Partindo-se do pressuposto da existência de normas regendo as relações de uma sociedade a elas submetida, para que exista a ideia universalmente defendida de igualdade dos seus membros é necessário que o alcance e determinação das normas seja o

⁶⁸ Tanto que Norberto Bobbio, fazendo uma releitura das obras kelsenianas, entende que: "não há nada de contraditório em afirmar, como faz Kelsen, que a ciência jurídica é ao mesmo tempo descritiva e normativa: descritiva no sentido de que não prescreve; normativa no sentido de que aquilo que descreve não são fatos, mas normas, ou seja, é descritiva não do que existe, mas do que deve ser." (BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin São Paulo: Ed. UNESP, 2007. p. 58).

mesmo para todos. Em outras palavras, o sentido da norma deve ser o mesmo para qualquer um a ela subjugado, não comportando situações de diferença de tratamentos.

Essa tarefa da hermenêutica jurídica é bastante debatida entre os pesquisadores do Direito, eis que já apontou Tercio Sampaio Ferraz Junior que o propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, é também determinar-lhe a força e o alcance, pondo o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema⁶⁹.

As principais técnicas de interpretação das normas jurídicas hoje debatidas são a literal, onde se busca o sentido puro e objetivo das palavras que compõem a norma; a interpretação sistemática, quando se considera o sentido dos termos da lei dentro dos parâmetros traçados pelo ordenamento jurídico onde se encontra inserida; e a interpretação histórica, segundo a qual a essência do ditame da norma é obtida considerando a intenção de sua previsão de acordo com as influências do período em que foi editada.

Além dessas modalidades, há a interpretação expansiva, quando se considera o sentido da norma além de sua mera transcrição, abordando casos similares, fora daqueles literalmente tratados pela regra. Por outro lado, existe a interpretação restritiva, quando são reduzidas as hipóteses de incidência de uma lei, excluindo-se algumas situações que, embora fossem amparadas pela regra, são excluídas de sua órbita de eficácia por razões diversas (como a inconstitucionalidade de uma interpretação, por exemplo).

O exercício conjunto dessas modalidades de interpretação resultará na forma como será aplicada a lei. Por óbvio, o critério adotado será aquele do intérprete, eis que inexitem, ou pífias são, as regras de interpretação legalmente estipuladas nos diversos ordenamentos jurídicos. Assim, essa discricionariedade resulta num grau de incerteza da vigência, eficácia e sentido atribuída a uma norma, logicamente interferindo na garantia de segurança jurídica que a ideia de um ordenamento traz.

Contudo, ferramentas há para buscar harmonizar os sentidos adotados para as normas jurídicas. No Brasil, por exemplo, existem as súmulas dos tribunais, que de certa forma vinculam as interpretações àqueles sentidos que elas estipulam. Nos EUA, formou-se a figura dos *leading cases*, casos emblemáticos que resultam em aplicações de regras jurídicas que vinculam as demais contendas a eles semelhantes, com força obrigatória.

Assim, mostra-se que há uma preocupação com essa universalização dos sentidos das normas jurídicas, que muito vem colaborar com a consolidação da ideia de segurança jurídica.

⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 256.

Feitos estes primeiros passos, formula-se então o início da noção de segurança jurídica, sendo esta uma consequência do dever de cumprimento das normas emanadas por uma entidade superior, que são aplicadas conforme uma interpretação universalmente harmonizada, sob o risco de sujeitar o infrator a sanções previstas na própria norma, executada pela entidade dotada de poder soberano. Dessa maneira, sua consequência é a previsibilidade do comportamento dos membros de uma comunidade, sob a certeza da punição de eventuais descumpridores, mantendo-se uma ordem interna.

Contudo, no caso dos contratos, a discussão acerca da segurança jurídica ganha certos contornos mais específicos, exigindo um estudo pormenorizado.

1.6.1 Segurança jurídica aplicada aos contratos internacionais

A máxima que diz que o contrato faz lei entre as partes é hoje, no direito contratual, quase que um senso comum. Contudo, os limites conferidos para essa auto-regulamentação entre partes num contrato determina os parâmetros onde se pode afirmar existir uma segurança jurídica para essa relação.

De início, deve-se estabelecer que o contrato é considerado um mini ordenamento privado, vigorando àqueles que o celebraram. Acerca dessa premissa, interessante raciocínio foi formulado por Norberto Bobbio, ao considerar que:

Outra fonte copiosa de normas num ordenamento jurídico é o poder atribuído aos particulares de regular mediante atos voluntários os seus próprios interesses: trata-se do chamado *poder negocial*. A pertinência dessa fonte à classe das fontes reconhecidas ou àquela das fontes delegadas é menos clara. Se a ênfase é posta na *autonomia privada*, entendida como a capacidade dos particulares de darem normas a si próprios numa certa esfera de interesses, e considerando-se os particulares como fundadores de um ordenamento jurídico menor absorvido pelo ordenamento estatal, essa vasta fonte de normas jurídicas deve ser concebida antes como produtora independente de regras de conduta que são recebidas pelo Estado. Se, ao contrário, a ênfase é posta sobre o poder negocial como poder delegado pelo Estado aos particulares para regular os próprios interesses num campo estranho ao interesse público, a mesma fonte aparece como uma fonte delegada.⁷⁰

Estas considerações em muito encontram eco na comparação entre contratos domésticos e internacionais.

Os primeiros são normalmente regulados pelo Estado, que define os preceitos mínimos de caracterização dos contratos típicos e os limites de autonomia para a criação de contratos

⁷⁰ BOBBIO, Norberto **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011. p. 54. (grifo do autor).

atípicos, sendo estes, pois, uma consequência da autonomia de poder conferida pelo ordenamento jurídico nacional às partes contratantes. Portanto, se tratam de ordenamentos privados fruto de um poder delegado.

Pensamento contrário levaria a uma incongruência lógica, pois caso seja facultado às partes contratar de forma desvinculada dos preceitos normativos da lei do Estado, abre-se a possibilidade de um contrato contrariar as disposições legais de uma norma emanada pelo Estado, ilegitimando o poder de legislar do ente soberano, quebrando a estrutura de alicerce do Estado de Direito.

Portanto, considerando um contrato doméstico celebrado de acordo com as leis do país onde foi firmado, que então constitui documento apto a gerar direitos e deveres aos seus contratantes, a segurança jurídica oferecida consiste em, justamente, presumir que os direitos e deveres contraídos serão cumpridos pelos seus contratantes, dentro de uma estrutura legalmente admitida.

Ocorre que ante o descumprimento de um contrato, a simples punição do infrator não necessariamente restituirá à parte lesada as perdas sofridas. Assim, a ideia inicial de segurança jurídica anteriormente apresentada exige uma complementação, de forma a proteger o contratante fiel de eventuais lesões por desobediência, pela outra parte, às previsões contratuais.

A primeira resposta do Direito a essa problemática foi possibilitar a execução forçada da obrigação inadimplida. Por meio dessa ferramenta, é possível requerer ao Estado que o mesmo, através de seu aparato, obrigue a parte descumpridora a honrar seu dever, por meio de medidas coercitivas. Estas podem ser, por exemplo, eventual obtenção a força de quantia monetária do contratante desleal, passando-a àquele que deve receber tal pagamento, quando a obrigação for pecuniária. Ou então, quando diante de uma obrigação de fazer, se esta for de caráter personalíssimo, a instituição de uma multa até o efetivo cumprimento do dever assumido, ou, quando não for personalíssima, a determinação de que seja um terceiro chamado a cumprir a obrigação, sob as custas do contratante inadimplente.

Além disso, é possível instituir penas privadas, definidas pelas partes, como a cobrança de multa por descumprimento e a incidência de juros decorrentes de eventual mora, lembrando que Estados muçulmanos condenam esta cobrança, devendo-se atentar, no momento da elaboração do contrato, às punições passíveis de serem aplicadas.

Contudo, quando não mais a satisfação da obrigação inadimplida amparará o contratante lesado, instituiu-se a figura da indenização por eventuais perdas sofridas, que serão devidas, em certos casos, no lugar da obrigação descumprida, ou, em outros, junto a essa, como complemento, reparando eventuais prejuízos. Dependerá de cada caso, analisando qual medida melhor reparará os danos contabilizados.

Portanto, tem-se que, nos contratos, por segurança jurídica há de ser compreendido não apenas a expectativa de cumprimento da obrigação, mas também a de ressarcimento de eventuais prejuízos sofridos pela parte lesada pelo descumprimento.

Este ponto de vista da ideia de segurança jurídica nos contratos encontra opiniões mais ampliadoras. Paulo Nalin, por exemplo, apresenta entendimento que vai além do apresentado, elaborando raciocínio segundo o qual:

O enredo constitucional da segurança não está mais no fim do contrato (adimplemento), posta, exclusivamente, em favor do credor (titular ativo da situação). Ela está em todos os momentos da complexidade obrigacional em vista de ambos os titulares. Tratar, pois, atualmente de segurança jurídica contratual, significa encarar o contrato como um todo jurídico, nos seus plúrimos desdobramentos objetivos e subjetivos, focando, especialmente, o seu equilíbrio. A segurança jurídica não está mais no paradigma moderno da vontade, mas no pós-moderno da boa-fé: contrato seguro é o contrato de boa-fé.⁷¹

Esta leitura do doutrinador denota clara influência do princípio brasileiro da função social do contrato, que, embora nunca muito bem esclarecido, numa convergência de opiniões, é considerado como sendo a regra segundo a qual o contrato não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando danos à parte contrária ou a terceiros⁷². Assim, tem-se que o contrato não apenas deve ser cumprido, mas também justo e equilibrado, para que apresente parâmetros que assegurem a existência de uma segurança jurídica àquela relação.

Em contrapartida, a ideia de segurança jurídica nos contratos, sob o ponto de vista de um ordenamento onde impere o princípio do *pacta sunt servanda*, com uma menor atenção para os elementos sociais do contrato⁷³, nota-se que a preocupação maior é com o cumprimento do acordo, não cabendo um intervencionismo Estatal para equilibrar a relação⁷⁴. Essa postura é muito adotada em países europeus e nos EUA, onde reina a ideia de maior liberdade para

⁷¹ NALIN, Paulo apud TARTUCE, Flávio. Sentença: a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do poder judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 52.

⁷² REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em: <www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 4 mar. 2012.

⁷³ Aqui estão excluídos contratos decorrentes de relações de consumo, que recebem tratamento protetivo em grande parte dos países.

⁷⁴ O pensamento de Chantal Mak ilustra bem esta postura, ao defender o doutrinador que: "*Though fundamental rights may indeed lead judges to rethink the rules provided for a certain case, their impact on legal (un)certainty should in my opinion not be overstated. First, the rules of contract law in principle should already express the values guaranteed by fundamental rights. Their 'constitutional reading' should thus affirm the usual application of these rules. Second, where this is not the case, i.e., where fundamental rights argumentation does change the interpretation of a rule or introduce a new rule, the court's reasoning should address the rationale of the rule, precisely because that is what the fundamental right relates to. Thus, even though a change of the case solution may be decided upon, the outcome of subsequent similar cases will to a great extent be predictable on a basis of this reasoning.*" (MAK, Chantal. **Fundamental rights in European contract law**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008. p. 188).

contratar, com um menor intervencionismo estatal, típico da estrutura econômica de seus sistemas.

No plano internacional, a ideia de segurança jurídica encontra-se muito atrelada, principalmente, à identificação da lei aplicável a uma relação contratual, eis que os pressupostos de garantia e eficácia de uma relação contratual somente podem ser conferidos caso haja um ordenamento jurídico regendo a relação. Fazendo raciocínio nessa linha, J C Whichard manifesta tese no sentido de que:

Somente um Estado pode criar uma lei que protege igualmente e de forma justa o interesse das partes em um contrato que oferece segurança jurídica e é suficientemente compreensível; 2. Somente normas legais estatais são leis no sentido incorporado no art. 3 RC e art. 28 EGBGB porque somente normas legais – reconhecidas por um Estado soberano – podem ser executadas por um Estado.⁷⁵

Este entendimento é bastante pacificado, havendo uma tendência nos tratados internacionais versando sobre contratos internacionais que sejam melhor delimitadas as leis que regerão as obrigações contratuais. De se ressaltar, inclusive, o projeto para uma lei uniforme contratual europeia, conhecido como *Lando Commission* em homenagem ao presidente da comissão que estuda esta proposta, Ole Lando, que vem sendo trabalhada desde 1.982 e, atualmente, foi revista, tendo-se agora objetivado a formulação de como uma lei comum para compra e venda europeia.

Defendendo este projeto, Danny Busch argumenta que uma das vantagens seria que uma lei uniforme traria segurança jurídica uma vez que sempre seria imediatamente identificada a lei regendo uma relação contratual internacional entre países europeus⁷⁶. Diversos outros autores europeus também convergem para esta opinião, demonstrando um consenso no tocante ao entendimento no sentido de que a segurança jurídica nas relações contratuais internacionais passa por uma necessidade de claramente identificar a lei que rege a relação contratual.

Outro fator que vem sendo considerado como garantidor de segurança jurídica nas relações contratuais internacionais, especialmente de cunho comercial, é a uniformização de procedimentos, harmonizando-se as formas como são realizadas estas relações. Exemplo dessa

⁷⁵ Tradução nossa de "1. Only a state can create a law which protects equally and fairly the interests of parties to a contract and which provides legal certainty and is comprehensive enough; 2. Only state law rules are 'la' in the sense incorporated in Art 3 RC and Art 28 EGBGB because only law rules – as recognized by a sovereign state – can be enforced by a state." (J C WHICHARDS apud HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law: the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practices**. Berlin: Springer, 2007. p. 152).

⁷⁶ BUSCH, Danny. **Indirect representation in European contract law**. The Hague: Kluwer Law International, 2005. p. 2.

padronização verifica-se nos *Incomterms*, publicados pela Câmara de Comércio Internacional de Paris, que tratam de regras de procedimento no comércio internacional.

Também foi destacada essa importância no preâmbulo da Convenção das Nações Unidas para Contratos de Transporte Internacional de Bens Totalmente ou Parcialmente pelo Mar, onde foi ressaltado que a padronização de procedimentos gera tanto segurança jurídica como eficiência nos transportes internacionais⁷⁷.

A tendência para a padronização de contratos-tipo, com cláusulas já pré-estabelecidas, demonstra essa tendência de uniformização, buscando não apenas simplificar as relações, evitando a existência de um excessivo número de contratos versando sobre a mesma matéria, mas com estruturas diversas, como caminha-se para a formulação de contratos amplamente aceitos nos diversos ordenamentos nacionais, evitando incompatibilidades que impossibilitam a plena eficácia do contrato dentro do território de um ou mais países.

Por fim, a executoriedade das obrigações trazidas nos contratos internacionais é um fundamental alicerce da segurança jurídica nestes negócios. Sem que haja uma forma de garantir o cumprimento forçado de uma obrigação por um contratante inadimplente, a validade dos contratos internacionais resta fragilizada.

Os Princípios Internacionais para contratos comerciais da UNIDROIT, nos itens 7.2.1 a 7.2.5, tratam das situações que lidam com o descumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes. Eles demonstram a preocupação com a garantia de exigência do cumprimento das obrigações pecuniárias e não pecuniárias, reconhecendo que os contratantes têm o direito de exigir o adimplemento destes encargos.

Também estão contidas nessas previsões determinações no sentido de que poderão sem aplicadas penalidades aos descumpridores, bem como serem cobrados ressarcimentos por perdas decorrentes de obrigações mal cumpridas.

Ocorre que esta execução forçada somente poderá ser realizada por tribunais nacionais, eis que no Estado de Direito somente a autoridade soberana tem o monopólio de uso da força. Portanto, a exigibilidade da obrigação depende da receptividade da lei do local onde ela será executada, devendo o ordenamento nacional reconhecer como perfeitamente válido o dever contraído, passando então a sua cobrança.

⁷⁷ Diz um dos preâmbulos da convenção que: "*Believing that the adoption of uniform rules to govern international contracts of carriage wholly or partially by sea will promote legal certainty, improve the efficiency on international carriage of goods and facilitate new access opportunities for previously remote parties and markets, thus playing a fundamental role in promoting trade and economic development, both domestically and internationally,*" (UNIDROIT. **UNIDROIT principles of international commercial contracts**. Rome, 2010. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012).

Considerando que há a possibilidade de a obrigação não ser exigível no país onde deva ser cumprida, por existência de impedimentos legais, os princípios da UNIDROIT para contratos comerciais internacionais, no artigo 7.2.5, item (2), estabelecem que quando a decisão de uma corte pela obrigação de cumprir uma obrigação não monetária não puder ser executada, a parte lesada poderá invocar qualquer outra reparação⁷⁸.

Assim, nota-se que há um paralelo entre a indenização por descumprimento de obrigação não exigível, no caso de relações puramente nacionais, e essa reparação ante a inexecutabilidade de uma determinada obrigação, nas relações internacionais.

A arbitragem em muito vem colaborando com a segurança jurídica dos contratos internacionais, eis que seus procedimentos, bastante flexíveis e receptivos a diversos ordenamentos, nacionais ou não, conferem às partes contratantes um mecanismo de solução de controvérsias capaz de decidir, inclusive, sobre eventuais problemas envolvendo o descumprimento de obrigações. E com a adesão de cada vez mais Estados à Convenção de Nova Iorque, de 1.958 (que será posteriormente abordada), a executoriedade dessas decisões vem ganhando maior aceitação.

Portanto, a segurança jurídica do contrato internacional, inevitavelmente, em última instância, dependerá da atuação de um órgão jurisdicional internacional, sujeito a regras de conflito de leis e elementos discricionários anteriormente apontados.

Contudo, como avanço, deve-se reconhecer a preocupação na adoção de mecanismos garantidores dessa segurança, como a padronização de contratos, a melhor definição de regras de direito internacional privado para identificar leis e o avanço da arbitragem. Esta vem sendo a tendência observada, justamente no intuito de atingir uma estabilização das relações internacionais, facilitando suas transações.

1.7 Fatores limitadores à autonomia dos contratantes: a ordem pública e as leis de aplicação imediata

Por fim, se devem analisar os limites disponíveis aos contratantes para, livremente, pactuarem direitos e obrigações nos contratos internacionais.

⁷⁸ Tradução nossa de: "*Where the decision of a court for performance of a non-monetary obligation cannot be enforced, the aggrieved party may invoke any other remedy.*" (UNIDROIT. **UNIDROIT principles of international commercial contracts**. Rome, 2010. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012).

Inobstante reine o entendimento no sentido de que as restrições no plano internacional são menores, justamente porque não há um ordenamento internacional regulando as relações contratuais, não se pode olvidar o fato de que estes acordos certamente serão postos em prática em um território onde vige uma legislação formulada por um Estado soberano.

Assim, mesmo que a relação contratual não seja regulada pela lei daquele país, os efeitos das obrigações serão sentidos em seu solo e, portanto, estarão sujeitos aos limites impostos por seu ordenamento jurídico, eis que quebraria a soberania de um Estado forçá-lo a aceitar que uma relação internacional de natureza privada não esteja sujeito a sua legislação quando surtir efeitos em seu território.

A noção de soberania não é pacificamente formulada, porém sempre envolve a ideia do exercício de um poder. Ela varia entre a legitimidade de uso da coerção para fixar sua competência até a liberdade conferida ao Estado para organizar política e administrativamente seu território, fazendo valer suas decisões. Um dos conceitos de soberania também passa pela análise jurídica, e é descrita por Dalmo de Abreu Dallari como:

Uma concepção puramente jurídica leva ao conceito de soberania como *o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas*, vale dizer, sobre a eficácia do direito. [...] Partindo do pressuposto de que todos os atos do Estado são passíveis de enquadramento jurídico, tem-se como soberano o poder que decide qual a regra jurídica aplicável em cada caso, podendo, inclusive, negar a juridicidade da norma.⁷⁹

Essa ideia de soberania melhor explica o fato de, mesmo não sendo governado pela lei de um Estado, quando um contrato surte efeitos em seu território estes estão sujeitos à liberdade conferida pelo ordenamento local, não podendo uma relação internacional justificar o descumprimento de preceitos normativos nacionais.

Em contrapartida, isso não significa que todo e qualquer efeito do contrato estará sujeito à legislação do país onde seja executada. Os imperativos reconhecidos como limitadores da liberdade são aqueles que tratam da ordem pública de um Estado e das leis de aplicação imediata, criados para manter uma organização mínima interna de seu território.

Assim, as normas pertencentes a estas duas categorias estão legitimadas a limitar os efeitos de um contrato que atentem contra seus ditames, em respeito à soberania de um Estado. Tratam de fatores limitadores da vontade das partes de contratar, que estão diretamente relacionadas à ideia de segurança jurídica nas relações contratuais internacionais.

⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 86. (grifo do autor).

Tendo em voga a ideia de segurança jurídica anteriormente debatida, é mister esclarecer que não poderá ela ser conferida a determinado contrato que atente contra normas restritivas da autonomia da vontade das partes, justamente porque, em última instância, não será possível requerer a execução de uma obrigação que afronte a legislação de um Estado.

Portanto, é fundamental que as partes, ao celebrarem um contrato internacional, atentem para a existência de previsões contratuais incompatíveis com normas de ordem pública ou de aplicação imediata dos países onde surtirão efeitos. Do contrário, impossível será garantir o cumprimento de uma determinação ilegal à legislação de um Estado, cabendo, no máximo, o ressarcimento em perdas e danos, caso impere o entendimento do item 7.2.5 dos princípios da UNIDROIT para contratos comerciais internacionais (vide nota 79).

Feita esta introdução, passa-se à análise destes dois tipos normativos.

1.7.1 Ordem pública

O Direito, como as outras áreas do saber do universo das humanas, apresenta determinados objetos que não encontram um conceito pacificado. A ordem pública é um notório exemplo desse caso, sendo que aqueles que se aventuraram a buscar conceituá-la não ficaram imunes a críticas.

Normalmente procura-se obter uma noção do que vem a ser ordem pública mediante a delimitação dos seus efeitos. Destarte, o mais comum é entender a ordem pública diagnosticando suas consequências e influências, isto é, mapeando seus resultados e, numa engenharia reversa, formular suas ideias centrais, sem, contudo, encontrar uma definição que diga exatamente o que é a ordem pública.

Discutir o que seria a ordem pública foge aos limites do presente estudo, contudo, uma breve análise deve ser feita, visto sua correlação direta com a noção de segurança jurídica.

Para começar a entender o que seria ordem pública, deve-se primeiro esclarecer que todo sistema normativo emanado por um Estado tem como ideal harmonizar o convívio daqueles que se encontram em seu território e estão sob a sua soberania.

Outrossim, o ato de elaborar estas leis que evitam conflitos e desarmonias deve nortear-se pelos costumes e tradições da sociedade que será por elas regida, em conjunto com os valores cultuados pelo ente governante, com o intuito de manter uma paz e respeito entre seus subalternos.

Dessas premissas começa-se a formular uma ideia do que seria a ordem pública: ela trata do conjunto de princípios e ideologias, de ordem moral e prática, que levam em conta a harmonia social, política e econômica de um país.

Para garantir esta *pax* interna, a ordem pública materializa-se em normas que tornam obrigatório o atendimento a esses parâmetros, como entendeu Guido Fernando Silva Soares, em artigo publicado, explicando que:

[...] a ordem pública de um sistema jurídico, como o conjunto de normas e princípios de tal maneira inerentes a ele, que não permitem serem afastados por outros de outros sistemas. É a lei local, que se impõe de maneira absoluta, impedindo que a vontade das partes ou leis estranhas ao foro disponham sobre matéria por ela regulada de modo taxativo. Sua existência constitui princípio fundamental do sistema jurídico [...].⁸⁰

Diante disso, surge então o primeiro questionamento sobre essas normatização da ordem pública, que é justamente quais seriam as normas de ordem pública.

A resposta a essa pergunta é um tanto delicada, pois chamar um tipo normativo de norma de ordem pública é algo difícil de ser afirmado, eis que os valores e princípios que seriam protegidos por uma lei não estão imunes a mudanças. Ora, é perfeitamente possível que uma lei seja de ordem pública em um determinado momento e, posteriormente, quando o princípio por ela defendido não for mais tido como de ordem pública, por tabela ela perca essa qualificação.

Assim, pode-se deduzir uma característica fundamental da ordem pública: ela não necessariamente encontra-se atrelada a normas, sendo, na verdade, uma ideia fundamental que encontra aplicabilidade material mediante um conjunto normativo. Ela servirá de amparo à incidência e interpretação de determinadas normas que darão existência legal aos seus parâmetros, em um determinado tempo.

Assim, o que existem são princípios de ordem pública que se alicerçam em determinadas normas ou outras fontes do Direito que lhe garantem incidência e aplicabilidade. Estes princípios são considerados tendo em base a manutenção de relações harmônicas e o atendimento a interesse público por uma ordem estável.

Disso, surge um novo complicador: como definir o que vem a ser de interesse público. Provocando ainda mais esta questão, Peter Woll pondera que:

Uma grande dificuldade que existe dentro do processo democrático no tocante à definição do interesse público é que frequentemente poucos grupos e indivíduos participam do processo de definição do interesse público em determinadas esferas

⁸⁰ SOARES, Guido Fernando Silva. A ordem pública nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 55, p. 122, 1984.

políticas. O eleitorado majoritário não tem a informação, motivação ou tempo para se envolver em cada esfera da ordem pública.⁸¹

Portanto há também a polêmica no sentido de que até que ponto a ordem pública é uma ordem que atende aos interesses de uma sociedade ou, se defende os interesses de uma ordem dominante, impondo sua vontade. Trata-se de dilema ético que vem recebendo estudos em diversos locais.

Ante essa polêmica, deve-se reconhecer o acerto das palavras de Jete Jane Fiorati, quando aborda essa imprecisão da definição do que seja a ordem pública, concluindo que "[...] a expressão 'Ordem Pública' é uma expressão vaga que necessita ser definida, a cada momento, uma vez que seu significado é fluído e incerto como o são os significados dos conceitos indeterminados."⁸²

Além do mais, igualmente os interesses de uma sociedade são mutáveis conforme o período considerado, o que novamente leva à conclusão de que a ordem pública não é um referencial estável, dificultando sua perfeita identificação.

Assim, como uma simples noção de ordem pública, tem-se que ela decorre dos princípios e ideais oriundos de uma conjugação do interesse público de uma dada sociedade e da necessidade de manutenção de uma harmonia no convívio interno entre seus membros, que pode mudar conforme o período e a sociedade tomada em consideração. Ela encontra incidência e aplicabilidade por meio de normas, que servem de pontes entre a construção e a imposição da ordem pública, mas que não necessariamente podem ser denominadas normas de ordem pública.

Já os efeitos da ordem pública são melhor delineáveis.

Nas relações contratuais internacionais, sua principal consequência é a limitação da receptividade das disposições de um contrato, quando estas a contrariam. Em ocorrendo este conflito, serão reduzidos ou anulados os efeitos das cláusulas que violem as normas de ordem pública, prevalecendo esta última.

Este efeito já encontra-se pacificamente reconhecido, estando, inclusive, previstos nos Princípios da UNIDROIT para contratos internacionais do comércio, especialmente nos artigos

⁸¹ Tradução nossa de: "*A major difficulty that exists within the democratic process regarding the definition of the public interest is that often very few groups and individuals participate in the process of defining the public interest in particular policy areas. The broader electorate does not have the information, motivation, or time to involve itself in every area of public policy.*" (WOLL, Peter. **Public policy**. Lanham: University Press of America, 1982. p. 9).

⁸² FIORATI, Jete Jane. **Jus cogens**: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Ed. UNESP, 2002. p. 71.

1.4⁸³ e 3.3.1⁸⁴, prevendo que prevalecerá a disposição da norma de ordem pública quando houver conflito com alguma cláusula contratual.

Assim, as partes, ao celebrarem um contrato comercial internacional, têm de ter consciência das eventuais normas de ordem pública com que poderão se deparar, um fator que reduz a autonomia da vontade e diretamente afeta a noção de segurança jurídica em um contrato, visto que não será possível executar uma obrigação que afronte uma norma de ordem pública.

Como a ideia de ordem pública é mutável, de acordo com os princípios e ideologias adotados por cada Estado e sociedade num determinado momento histórico, deve ser esclarecido qual o momento em que será considerada a existência dessa norma de ordem pública. Melhor esclarecendo: se está o contrato sujeito às normas de ordem pública vigentes à data de sua celebração ou se poderá ser barrado por eventual norma de ordem pública editada posteriormente.

A rigor, as normas de ordem pública que influenciarão o contrato são aquelas válidas na época em que ele for executado, visto que será sobre os efeitos do contrato que serão verificados os óbices trazidos por eventual norma de ordem pública⁸⁵. As normas de ordem pública vigentes quando da celebração do contrato terão o condão de tornar nulas as cláusulas que a contrariem, mas os efeitos dessa contrariedade serão sentidos apenas quando forem postas em prática as obrigações contraídas.

Dessa maneira, mesmo que à época da celebração do contrato inexistisse a contrariedade às normas de ordem pública de um determinado Estado, se num momento posterior, quando da execução da obrigação, houver algum conflito, será o contrato revisto para que cesse a violação a eventual norma de ordem pública posteriormente editada, vigente naquele período.

Igualmente, se ao celebrar o contrato existia a violação a alguma norma de ordem pública, mas no momento da sua execução não mais existir a norma então contrariada, não será imposta qualquer restrição à validade e eficácia do acordo.

Deve-se frisar que mesmo que não seja o contrato governado pelas leis de um determinado Estado, ou se o foro competente para dirimir conflitos dele oriundos seja outro, não há como os

⁸³ Diz o artigo: "*Nothing in these principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.*"

⁸⁴ Diz o artigo: "*(1) Where a contract infringes a mandatory rule, whether of national, international or supranational origin, applicable under Article 1.4 of these Principles, the effects of that infringement upon the contract are the effects, if any, expressly prescribed by that mandatory rule.*"

⁸⁵ Essa característica da norma de ordem pública é chamada por Jacob Dolinger de *Contemporaneidade*, entendendo o autor que: "A instabilidade do que possa ofender a ordem pública obriga o aplicador da lei a atentar para o estado da situação à época em que vai julgar a questão, sem considerar a mentalidade prevalente à época da ocorrência do fato ou ato jurídico." (DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2012. p. 389).

contratantes esquivarem-se da direta incidência das normas de ordem pública do sistema normativo onde o negócio por eles firmado, de alguma maneira, venha a ter contato⁸⁶.

As consequências desse conflito poderão se dar por meio da invalidação da cláusula conflitante ou, em determinados casos, do contrato inteiro, caso todo o documento viole os preceitos de ordem pública de um Estado onde deva surtir efeitos.

Contudo, o fato de o contrato violar normas de ordem pública de um determinado Estado e, por isso, sob aquela soberania, parte ou todo ele perder sua eficácia e/ou validade, não significa que aos olhos dos demais ordenamentos jurídicos nacionais de outros Estados esteja o contrato também sob estes mesmos efeitos. Como cada país possui suas normas próprias de ordem pública, pode ser que frente à legislação de outro Estado inexistam qualquer conflito. Trata-se de análise que deve ser feita para cada caso, visto as inúmeras possibilidades de isso vir a ocorrer.

Por fim, deve-se mencionar a tendência para a construção de um conceito de ordem pública internacional. Jacob Dolinger, defendendo a existência de um movimento neste sentido, entende que:

Esta é a ordem pública que inspira a colaboração das nações e que se materializa em diversos campos, seja na repressão aos crimes de natureza eminentemente internacional, seja na estruturação das relações econômicas e financeiras internacionais, como também na criação de convenções de Direito Internacional Privado uniformizado, na cooperação tecnológica internacional, na regulamentação das atividades das empresas de atividade transnacional e na proteção ao meio ambiente universal.⁸⁷

Este ideal ainda está sendo lapidado, eis que o grande problema reside no fato de identificar quais seriam estas normas de ordem pública internacional. Esta questão foi abordada por Joseph F. Morrissey e Jack M. Graves, que esposaram entendimento no sentido de que estas normas de ordem pública internacional nada mais seriam que relevantes normas de ordem pública interna com aplicação restringida⁸⁸.

⁸⁶ A importância do atendimento destas normas é tanta que a UNIDROIT, ao editar seus princípios para contratos internacionais do comércio, estabeleceu no item 1.4 dessas diretrizes que: "*Nothing in these Principles shall restrict the application of mandatory rules, whether of national, international or supranational origin, which are applicable in accordance with the relevant rules of private international law.*"

⁸⁷ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2012. p. 426.

⁸⁸ "*While such international public policy continues to find its source in the relevant domestic legal order, it is interpreted far more narrowly in views of its application to an international transaction. [...] While the various national determinations of international public policy are often difficult to define with any precision, they are relegated to a very narrow and limited range of issues.*" (MORRISSEY, Joseph F.; GRAVES, Jack M. **International sales law and arbitration: problems, cases and commentary**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008. p. 482).

Em contrapartida, existem pensamentos que criticam esta formulação, entendendo que não é possível a existência de uma ordem pública internacional justamente pela vastidão e imprecisão do que ela viria a ser. Luis Cesar Ramos Pereira adota essa opinião contrária, justificando que:

A definição de ordem pública *internacional* é tão vasta quanto imprecisa e por ser cristalizada sob diversas formas pelas legislações, jurisprudência e doutrinas, ou seja, por ser um conceito impreciso, as diferenças de ordem pública interna e internacional campeiam soltas, sem um rigor científico. [...] *Na verdade acredito que a expressão 'ordem pública internacional' tem o mesmo efeito e conteúdo de uma 'ordem pública interna' (no máximo uma é reflexo da outra ou não existe tal separação, o que é mais correto pensar).*⁸⁹

Contudo, não se pode ignorar o fato de que verifica-se uma maior integração da comunidade internacional visando buscar uma harmonia e respeito a princípios próprios e comuns. Tal decorre de uma maior solidariedade, intensificada pela ideia de uma globalização que agrega os membros, buscando atender aos interesses convergentes, internacionalizando tais ideias.

Consequentemente, buscam-se mapear princípios e regras de convivência harmônica e interesse público que atendam à necessidade de estabilização pacífica das relações entre estas diversas comunidades. Verifica-se esse movimento nos grupos de estudo de Direitos Humanos, de proteção ao Meio Ambiente e de Cooperação Econômica patrocinados pela Organização das Nações Unidas e outros órgãos internacionais que buscam encontrar interesses comuns dos países.

No âmbito das relações comerciais internacionais, podemos destacar os estudos desempenhados pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) e pela UNIDROIT, que, mais do que mapear princípios e regras comuns, buscam padronizar regras das práticas comerciais internacionais, visando oferecer um cenário de segurança e estabilidade a essas transações. Sobre este mapeamento destas duas instituições, é interessante mencionar a opinião de Luis Olavo Baptista, que entende:

Se existe uma ordem pública atuando anacionalmente para essa sociedade – e acreditamos que sim – ela é baseada nos princípios que regem o próprio comércio internacional. Já que não existe uma autoridade legislativa central nesse âmbito, neste sistema: os princípios são extraídos das práticas e usos dos comerciantes. Aos poucos, passam a constar de textos que são tentativas de uniformização da matéria, como os Princípios Unidroit e os Princípios do Direito Contratual Europeu.⁹⁰

⁸⁹ PEREIRA, Luis Cesar Ramos. **Limitação e a não aplicabilidade do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 213. (grifo do autor).

⁹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 99.

Trata-se de discussão recente, que ainda será objeto de muitas formulações.

Assim, tem-se, no plano internacional, uma interação entre as normas de ordem pública nacionais e a construção do conceito internacional destas, que devem ser verificadas pelas partes ao celebrarem um contrato internacional, visto serem de natureza inderrogável. Assim, a segurança jurídica dos contratos encontra-se diretamente atrelada ao atendimento de normas desta natureza, eis que não é possível garantir certeza a uma disposição contratual que contrarie uma norma de ordem pública.

1.7.2 Leis de aplicação imediata

Além das normas de ordem pública, os contratos internacionais do comércio convivem com outro tipo normativo inderrogável nos países onde, de alguma maneira, o negócio celebrado venha a ter contato, conhecidas por normas de aplicação imediata.

Elas são definidas como normas obrigatoriamente aplicáveis, não podendo ser afastadas por convenção das partes ou regras conflitos de leis, e cumprem a função de resguardar a organização econômica e social de um país. São exemplos as normas referentes à defesa da ordem financeira-econômica e as de proteção a hipossuficientes (como as leis de defesa do consumidor, no Brasil).

Num primeiro momento, pode-se dizer que as normas de ordem pública são de aplicação imediata. Contudo, existem algumas nuances que as diferenciam.

A primeira distinção que se verifica diz respeito aos efeitos de cada tipo normativo: as normas de ordem pública impedem que disposições contratuais ou leis estrangeiras que a contrariem surtam efeitos. Contudo, as normas de ordem pública não necessariamente serão aplicadas no lugar das regras tornadas ineficazes por terem-na contrariado. Normalmente elas acabam por resultar na incidência de outra norma alienígena que não conflite com sua determinação ou, no caso do contrato que não foi inteiramente anulado, as cláusulas invalidadas deixam de surtir efeito, podendo as partes pactuar formas alternativas de suprir aquelas disposições ou adotar regras e práticas compatíveis com a ordem pública do país.

Ao contrário, as leis de aplicação imediata, além de impedirem que eventuais cláusulas contratuais ou leis estrangeiras que a contrariem surtam efeitos, a essas se sobrepõem, sendo necessariamente aplicadas no lugar das disposições por ela barradas. Assim, primam pela observância da *lex fori*, em detrimento das disposições por ela obstadas.

Outra diferença que pode ser apontada é que as normas de aplicação imediata normalmente não encontram óbices para ser reconhecidas e executadas por tribunais

estrangeiros. Em contrapartida, normas de ordem pública frequentemente passam por severas discussões antes de serem reconhecidas como sendo de ordem pública por outros tribunais, justamente por seu caráter principiológico e mutável, conforme anteriormente mencionado.

Caberá ao juiz analisar os conflitos oriundos de um contrato, quando este possuir cláusulas ou se trazer consigo a incidência de uma lei estrangeira que contrariem uma norma de aplicação imediata. Em isso ocorrendo, será a disposição contratual ou a norma alienígena privada de efeitos, em seu lugar incidindo a norma de aplicação imediata do país onde o litígio esteja sendo julgado.

Assim, para fins de garantia de segurança jurídica a uma relação contratual internacional, deve-se levar em conta as leis de aplicação imediata que eventualmente incidirão na relação contratual, não sendo possível conferir eficácia às cláusulas de um contrato que contrariem estas normas.

Da mesma forma que as normas de ordem pública, os efeitos da contrariedade às normas de aplicação imediata de um país não necessariamente repercutirão nos demais ordenamentos a que o negócio venha a ter contato. Como estas normas variam de Estado para Estado, naqueles onde inexistam normas contrariadas pelas disposições contratuais este manterá sua plena previsão.

1.7.3 Consequências para a segurança jurídica do contrato

Conforme anteriormente abordado, a ideia de segurança jurídica nos contratos internacionais do comércio está vinculada ao fato de, no caso de descumprimento de uma obrigação contratual por qualquer parte contratante, poder a outra requerer a intervenção da autoridade estatal para ou coercitivamente garantir este cumprimento ou punir eventual inexecução e determinar o ressarcimento das perdas sofridas.

Mas esta segurança só pode ser conferida aos contratos que, quando celebrados e executados, não expressamente violem as normas de ordem pública ou aplicação imediata do país onde surtirem efeitos. Isso porque, mesmo que não haja a interferência do poder público, em existindo essa violação, o negócio surtirá efeitos que, àquele determinado ordenamento jurídico, se revestirão de irregularidade e, até, ilegalidade.

Aliás, devem ser monitoradas estas normas não apenas no momento que o negócio for firmado, mas também durante sua execução, pois a incidência destes tipos normativos é imediata, estando o contrato sujeito às leis de ordem pública ou de aplicação imediata que forem editadas posteriormente a sua celebração.

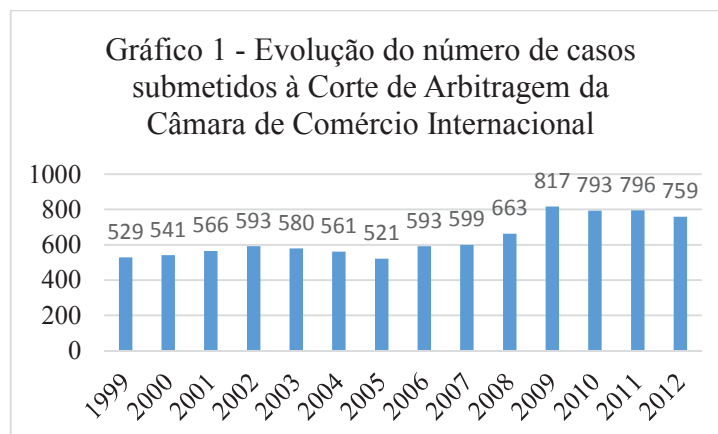
A segurança jurídica pretendida aos contratos internacionais do comércio passa pelo dever das partes contratantes observarem o perfeito atendimento às normas de ordem pública e de incidência imediata dos sistemas normativos a que o negócio acordado tiver contato. Seu caráter inderrogável e imediatamente incidente, independentemente da lei que reger a relação contratual, não permite que sejam ignoradas, cabendo aos agentes do comércio internacional obedecerem a estes preceitos, do contrário, impossível será garantir uma obrigação ilegal, ferindo assim um dos fins da existência do contrato: servir de ferramenta para legalmente delinear obrigações.

CAPÍTULO 2 A ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL E A CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE DE 1958

2.1 A consolidação da arbitragem como método de solução de conflitos dos contratos internacionais do comércio

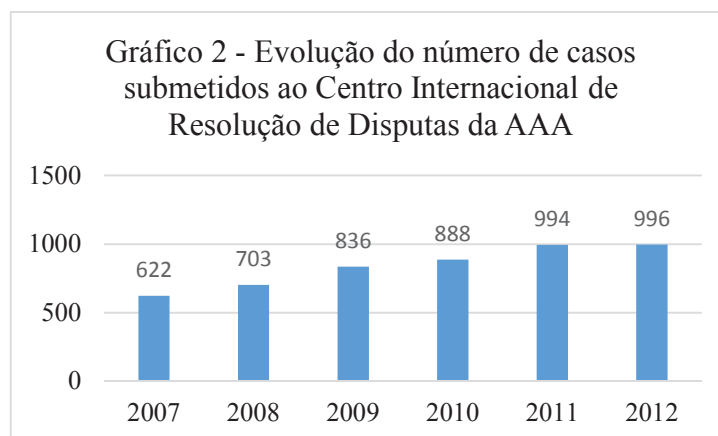
A arbitragem reina hoje como principal forma de resolução de controvérsias prevista nos contratos internacionais do comércio. Mesmo que não seja possível estimar o percentual de contratos que contenham cláusulas arbitrais, analisando os dados de câmaras que administram estes procedimentos é possível notar um crescente número de arbitragens iniciadas, reflexo do número de contratos que trazem consigo a previsão de seu uso.

Tomando como referências a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Centro Internacional para Resolução de Disputas da Associação Americana de Arbitragem, duas das instituições mais ativas e importantes do mundo nesta matéria, nota-se uma evolução do número de casos por elas administrado, conforme esquematizado nos seguintes gráficos:



Fonte: INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE STATISTICS.

Products and services: arbitration and ADR: arbitration: statistics.
Disponíveis em: <www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics>. Acesso em: 28 jun. 2013.



Fonte: INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTIONS ANNUAL REPORTS. **About AAA:** annual reports. Disponíveis em: <www.icdr.org/icdr/faces/s/about/annualreports?_afzLoop=169167184096675&_afzWindowMode=0&_afzWindowId=13kp2bz15y_52#%40%3F_afzWindowId%3D13kp2bz15y_52%26_afzLoop%3D169167184096675%26_afzWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D13kp2bz15y_84>. Acesso em: 28 jun. 2013.

Esses dados não somente inferem um crescimento do número de contratos prevendo a arbitragem como forma de solução de controvérsias, mas também demonstram que a opção por este procedimento vem sendo cada vez maior.

Além disso, outro dado que reforça a comprovação deste crescimento é o divulgado pela Corte de Arbitragem da *International Chamber of Commerce* (ICC) e diz respeito à nacionalidade das partes envolvidas em arbitragens administradas por aquela instituição. Em 1999 os litigantes nos procedimentos arbitrais iniciados na Corte de Arbitragem da ICC somavam 1.354, vindos de 107 países diferentes. Em 2012 foram 2.036 litigantes, de 137 países diferentes¹. Ou seja, não apenas aumentou o número de procedimentos, como também o número de países que tiveram seus nacionais envolvidos em procedimentos arbitrais internacionais.

Em pesquisa divulgada pela PricewaterhouseCoopers LLP, em parceria com a *School of International Arbitration da Queen Mary, University of London*² referente ao ano de 2012, foi apontado que, de modo geral, com relação às indústrias, 73% das empresas pesquisadas se mostraram satisfeitas com o uso da arbitragem, destacando o índice de aprovação das empresas

¹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE STATISTICS. **Products and services:** arbitration and ADR: arbitration: statistics. Disponíveis em: <www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics>. Acesso em: 28 jun. 2013.

² CORPORATE choices in international arbitration: industry perspectives. Londres, 2013. Disponível em: <www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

que atuam na área da construção civil (84% de aprovação), da energia (78% de aprovação) e de serviços financeiros (69% de aprovação).

Esses índices são reflexo direto da ampliação da globalização, que inseriu novos países nas rotas comerciais internacionais, por tabela incluindo mais pessoas celebrando contratos com previsão de solução de controvérsias pela via arbitral. Aliado a isso, esses países adaptaram suas legislações de forma a possibilitar melhor uso da arbitragem, facilitando aos seus nacionais criarem familiaridade com este instrumento.

No Brasil, onde a forma de tratamento e aceitação da arbitragem ainda está em processo de maturação, também se observa sua maior utilização. Em editorial publicado pelo jornal O Estado de S. Paulo³ foi apontado que, em 2011, cerca de 10% dos procedimentos iniciados na Corte de Arbitragem da ICC envolviam empresas brasileiras. Além disso, nota-se uma maior adoção da arbitragem pelo poder público brasileiro, como, por exemplo, a Companhia do Metrô de São Paulo, que firmou contratos com empreiteiras para ampliação de suas linhas com previsão de solução de disputas pela via arbitral, além do caso das concessões de blocos de exploração de petróleo, onde quase todos os contratos celebrados pela Petrobrás neste sentido também preveem recurso à arbitragem.

Esta evolução global do uso da arbitragem pôs à prova diversas legislações nacionais e tratados internacionais versando sobre a matéria. Consequência disso foi a alteração de diversas legislações, como a francesa e a espanhola, em 2011, além da revisão das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, que haviam sido propostas em 1976 e, em 2006, foi acordada a necessidade de sua reforma, sendo apresentado em 2010 sua nova redação.

A necessidade de reforma para adaptação também teve reflexos nos regulamentos das diversas câmaras arbitrais que administram arbitragens internacionais. Prova disso foram as mudanças das regras da Corte de Arbitragem da ICC, que apresentou suas novas normas de procedimento em 2011 (as regras substituídas eram de 1998), e do Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, que também em 2012 apresentou suas novas regras de procedimento, substituindo as anteriores, vigentes desde 1998.

A profissionalização da arbitragem, por meio do crescimento de número de câmaras arbitrais, também é um indicativo dessa consolidação. No Brasil, por exemplo, conforme uma pesquisa realizada pelo CONIMA⁴, em 1997 existiam 18 centros de arbitragem, enquanto que em 2004 já existiam 75. Este aumento não é somente sentido no Brasil, mas também em

³ EDITORIAL. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 6 fev. 2013. Caderno Principal, p. 3.

⁴ BAETA, Zínia. Arbitragem cresce 29,25% no Brasil. **Valor Econômico**, São Paulo, 14. abr. 2004. Legislação e Tributos, p. 3.

diversos outros países da América Latina e Ásia, decorrente da maior inserção destes países nos comércio internacional.

Certamente novas mudanças virão, considerando que a arbitragem, instituto de direito privado por excelência, está sujeita a mudanças atendendo a novas necessidades criadas por seus usuários, adaptando-se às novas realidade em que se encontra inserida.

No comércio internacional, onde mudanças de regras, condutas e costumes são uma constante, ainda mais com o ingresso de novos atores que trazem consigo costumes e leis nem sempre uniformes aos demais já presentes, a flexibilização das regras de contratos e arbitragem tornam-se imperiosas para o bom andar das relações negociais.

A capacidade da arbitragem de atender a essa reivindicação por mudanças auxilia na sua consolidação como principal meio de resolução de disputas escolhido nos contratos internacionais do comércio. Aliado a isso, a sensibilidade dos Estados nacionais em reformar suas legislações e tratamento da arbitragem, adaptando-se às suas novas regras, auxiliam na sua manutenção como principal escolha, dentre os diversos métodos alternativos de solução de disputas, para governar os contratos internacionais do comércio.

2.1.1 Arbitragem estrangeira e arbitragem internacional

Um esclarecimento que deve ser feito diz respeito à distinção entre o que seria uma arbitragem estrangeira e uma arbitragem internacional. Trata-se de questão que, não obstante seja simples, vem sendo desenvolvidas discussões acerca do tratamento a ser dado a cada uma, que influenciará no estudo pretendido na presente pesquisa.

A arbitragem estrangeira nada é senão uma arbitragem doméstica, sob o ponto de vista de um país que não aquele onde esteja sediada a arbitragem. Ou seja, uma arbitragem ocorrida em um determinado país, envolvendo partes nacionais daquele Estado, e sujeita unicamente às leis daquele território, será uma arbitragem puramente doméstica. Contudo, sob a perspectiva de qualquer outro país que não aquele, tal procedimento será considerado uma arbitragem estrangeira.

Já a definição de arbitragem internacional envolve discussões ainda não pacificadas acerca de quais serão seus elementos de caracterização.

Existem hoje duas linhas de pensamento para a definição da internacionalidade de uma arbitragem. Uma delas considera internacional a arbitragem instituída para resolver um conflito oriundo ou em um negócio que apresente repercussões em mais de um país (contrato

internacional), ou se a sede da arbitragem será em um país diferente daquele onde normalmente corre o negócio onde surgiu a questão levada à arbitragem.

Outra corrente considera internacional a arbitragem que envolve partes (pessoas físicas ou jurídicas) de diferentes nacionalidades.

A Lei Modelo para arbitragens comerciais internacionais da UNCITRAL logo em seu artigo 1º, item (3), adota ambas estas correntes para definir qual seria uma arbitragem comercial internacional, estabelecendo que:

- (3) Uma arbitragem é internacional se:
 - (a) as partes em um acordo de arbitragem tiverem, no momento da conclusão do acordo, seus centros de atividades em diferentes Estados; ou
 - (b) um dos seguintes lugares estiver situado fora do Estado onde as partes tiverem seus centros de atividades:
 - (i) o local da arbitragem, se for determinado em, ou de acordo com, o acordo de arbitragem
 - (ii) qualquer local onde uma parte substancial das obrigações da parceria comercial deve ser executada ou o local onde a matéria objeto da disputa estiver mais ligada a; ou
 - (c) as partes tiverem expressamente acordado que a matéria objeto da arbitragem esteja relacionada a mais de um país.⁵

O caráter internacional de uma arbitragem vem trazendo discussões acerca de qual seria a nacionalidade de uma sentença arbitral se proferida em uma arbitragem internacional, e consequentemente vem suscitando questões acerca da incidência da Convenção de Nova Iorque, de 1958, para estes casos. Esta discussão será posteriormente considerada com maior profundidade neste estudo.

2.2 Independência e autonomia da cláusula arbitral

Inicialmente, deve ser feita uma distinção entre as duas formas que o acordo de arbitragem pode adotar: a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a cláusula inserida em um contrato por meio do qual as partes que o celebram previamente definem quais serão as eventuais controvérsias oriundas

⁵ Tradução nossa. O texto original, em inglês, estabelece que: (3) *An arbitration is international if:*
 (a) *the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or*
 (b) *one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:*
 (i) *the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;*
 (ii) *any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or*
 (c) *the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.*

daquele negócio que serão levadas à arbitragem e quais as suas regras. Ou seja, trata-se de pacto celebrado antes da ocorrência de um litígio.

Já o compromisso arbitral é um pacto por meio do qual, após o surgimento da controvérsia, acordam as partes em levá-la ao julgamento por um tribunal arbitral, definindo suas regras. Ou seja, trata-se de documento firmado após a ocorrência do litígio. Considerando que o compromisso arbitral já nasce separado do contrato, será focado o estudo na primeira, contudo, os princípios tratados são comuns a ambos.

A cláusula arbitral é autônoma ao contrato em que está inserida. Contudo, deve-se analisar os limites desta autonomia, tanto no que diz respeito às demais disposições do contrato, como no que se refere à lei aplicável ao contrato e à cláusula arbitral.

Esta ideia de autonomia foi inicialmente desenvolvida com o propósito específico de garantir que a competência do tribunal arbitral para julgar determinado litígio oriundo do contrato fosse mantida também para o caso de declarar um contrato inválido ou inexecutável, considerando que sua competência decorre do próprio contrato e, portanto, poderia ser afetada no caso de qualquer vício presente no contrato⁶ que o invalidasse. Essa concepção sofreu desdobramentos, ampliando hoje seu horizonte de aplicação.

A cláusula arbitral já é reconhecida como independente do contrato em que está inserida, não sendo afetada pela eventual extinção ou, a priori, nulidade deste último. Ela é considerada um negócio processual, sendo, portanto um contrato dentro do próprio contrato onde encontra-se prevista⁷.

Por conta disso, no caso de a validade ou eficácia do contrato onde a cláusula arbitral encontra-se inserida vier a ser objeto de questionamento por um dos contratantes, a priori a competência para discutir esta questão é do tribunal arbitral. Trata-se do princípio do *kompetenz-kompetenz*, que será posteriormente analisado.

Esta competência, contudo, não é mantida em casos onde a nulidade não afete somente o contrato, mas o negócio jurídico num todo. Por exemplo, se um dos contratantes era incapaz para firmar o contrato ou se uma das partes contratantes aderiu ao negócio mediante vício de vontade (por exemplo erro substancial, fraude ou coação), tais defeitos afetarão diretamente a

⁶ KRÖLL, Stefan. **International arbitration and international commercial law**: synergy, convergence, and evolution: Liber Amicorum Eric Bergsten. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011. p. 63.

⁷ Tanto que Alan Redfern e Martin Hunter apontam que: “*Another method of analyzing this position is that there are in fact two separate contracts. The primary or main contract concerns the commercial obligations of the parties; the second or collateral contract contains the obligations to resolve any dispute arising from the commercial relationship by arbitration. This secondary contract may never come into operation; but if it does, it will form the basis for the appointment of an arbitral tribunal and for the resolution of any dispute arising out of the main contract.*” (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 4th. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 163).

cláusula arbitral, que será considerada ineficaz ou inválida junto com o contrato. Quando não for este o caso, prevalecerá a competência do tribunal arbitral.

Esta ideia de autonomia acabou gerando uma ampliação de sua abrangência, afetando também a lei aplicável à cláusula arbitral e a lei aplicável ao contrato.

A cláusula de arbitragem independe da legislação aplicável ao contrato onde encontra-se inserida. Contudo, ela poderá sofrer suas influências, como, por exemplo, nos casos de normas de ordem pública ou regras de limitação, que podem restringir sua aplicabilidade (no Brasil, por exemplo, somente direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de um procedimento arbitral).

Também em decorrência desta autonomia a cláusula arbitral pode sujeitar à arbitragem terceiros que não estejam diretamente vinculados ao contrato onde encontra-se inserida. Esta situação pode ocorrer no caso de um dos contratantes ser uma empresa controlada por outra, pertencente ao mesmo grupo econômico. Numa eventual arbitragem envolvendo um contrato onde somente a sociedade controlada seja contratante, a sociedade controladora pode vir a ser chamada a incluir um dos polos da arbitragem, como parte.

A concepção da autonomia da cláusula arbitral com relação ao contrato encontra-se já consolidada, inclusive incorporada à Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL⁸.

2.3 Regulamentação da arbitragem

Como procedimento de jurisdição privada, a arbitragem encontra-se sujeita a regras procedimentais e, no caso da decisão final do árbitro, deve estar amparada em algum ordenamento válido e aceito (o árbitro poderá também decidir com base em equidade, conforme será discutido). Independentemente de o procedimento arbitral ser administrado por uma câmara arbitral ou se a arbitragem for *ad hoc*, quando as partes definirão todas as suas regras sem a interferência de um órgão administração, está o procedimento sujeito a normas que devem ser seguidas.

O atendimento a estas regras é importante para conferir legitimidade e validade ao procedimento arbitral, que poderá ser anulado caso algum princípio básico (como por exemplo

⁸ “Art. 16.(1). *The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the validity of the arbitration clause.*”

o direito ao contraditório) ou normas de aceitação e validade por parte de ordenamentos nacionais (como por exemplo a necessidade de a sentença arbitral ser escrita) não for respeitado.

Não se pode considerar que estas imposições necessariamente limitem a autonomia das partes no tocante à definição de como intendem desenvolver a arbitragem. Tratam-se, na verdade, de uma preocupação com o atendimento a formas juridicamente reconhecidas e aceitas para a manutenção de uma certa ordem mínima, para que os ordenamentos nacionais melhor absorvam as consequências do procedimento arbitral. Norberto Bobbio bem explicou a natureza desta imposição: “Quando um órgão superior atribui a um órgão inferior um poder normativo não lhe atribui um poder ilimitado. Ao atribuir este poder, estabelece também os limites dentro dos quais pode ser exercido.”⁹

E prossegue:

Na passagem da lei ordinária do negócio jurídico, isto é, para a esfera da autonomia privada, prevalecem, de hábito, os limites formais sobre aqueles materiais. [...] Pode-se formular o princípio geral segundo o qual, em relação à autonomia privada, ao legislador ordinário não interessam tanto as matérias sobre as quais possa exercitar-se quanto a forma desse exercício.¹⁰

Ou seja, não existe uma plena autonomia. Contudo, dentro dos parâmetros impostos para manutenção da receptividade, pela lei de um país, do procedimento e sentença arbitral, as partes têm liberdade para determinar como serão estes conduzidos e com base em qual norma jurídica válida.

2.3.1 Lei aplicável ao objeto da arbitragem

O entendimento majoritário da doutrina do Direito do Comércio Internacional entende que a lei aplicável à arbitragem pode ser livremente determinada entre as partes contratantes, devendo o árbitro, quando estas não expressamente especificarem qual será essa legislação, valer-se de regras para identificá-la, que serão consideradas.

Nos procedimentos arbitrais internacionais, a lei que rege o objeto da arbitragem não necessariamente deve ser a que rege o procedimento arbitral, tampouco deve ser a do local onde correrem os trabalhos. As partes têm plena autonomia para defini-la ou instituir mecanismos que levem à sua identificação.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011. p. 65.

¹⁰ Ibid., p. 68.

Além disso, um diferencial da arbitragem é a possibilidade de, quando expressamente autorizado pelas partes contratantes envolvidas em uma arbitragem, o árbitro poder julgar determinada controvérsia a ele levada com base na equidade. Trata-se de regra que gera certa discussão, considerando que os parâmetros para a definição do que viria a ser esta equidade não são objeto de convergência de opiniões entre os doutrinadores.

Larissa Ramina, citando Charles Rousseau, adota postura no sentido de que:

[...] a equidade desempenha um triplo papel no direito internacional, podendo se manifestar *infra legem* (função corretiva em relação ao direito positivo quando a aplicação deste fosse muito rigorosa); *praeter legem* (função supletiva, como meio de preencher as lacunas do direito positivo, funcionando como fonte subsidiária do direito internacional) e *contra legem* (função eliminatória quando a decisão contrariar o direito, possibilidade que depende de uma autorização expressa das partes).¹¹

Já Simon Greenberg, Christopher Kee e J. Romesh Weeramantry fazem diferente abordagem do que seria uma decisão por arbitragem, não vendo-a como um mecanismo complementar ou corretivo da lei, mas sim independente dela, esclarecendo que:

Quando decidindo *ex aequo et bono*, um árbitro é então liberado da aplicação da lei. Ao invés de se amparar na lei, o tribunal arbitral deverá aplicar um senso comum comercial, tomando suas decisões baseadas no que considerem que seja justo e razoável, tomando em consideração as particularidades do relacionamento das partes.¹²

O fato é que uma vez autorizado ao árbitro decidir por equidade, estará ele necessariamente atrelado às disposições do contrato sobre o qual gerou-se o litígio, não podendo decidir de forma a contrariar suas disposições. Contudo, abre-se espaço para que fundamente sua decisão também em seu próprio senso de retidão e justiça. Será, no final, uma discricionariedade do árbitro amparar seu juízo em disposições legais, em valores internos ou em uma análise racional dos fatos a ele trazidos, quando decidir por equidade.

A possibilidade do recurso à equidade encontra-se prevista em diversos ordenamentos, tendo sido incorporada à Lei Modelo de Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL¹³, além de ser prevista em diversas regras procedimentais de câmaras arbitrais.

¹¹ RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 129.

¹² Tradução nossa de: “*When deciding ex aequo et bono, an arbitrator is thus relieved from applying the law. Rather than turning to the law, the arbitral tribunal should apply common commercial sense, making its decisions based on what it deems to be fair and reasonable, taking into account the particularities of the parties’ relationship.*” (GREENBERG, Simon; KEE, Christopher; WEERAMANTRY, J. Romesh. **International commercial arbitration: an Asia Pacific perspective**. New York: Cambridge, 2011. p. 141.)

¹³ Art. 28.(3) *The arbitral tribunal shall decide ex aequo et bono or as amiable compositeur only if the parties have expressly authorized it to do so.*

Contudo, somente quando expressamente autorizado pelas partes é que pode o árbitro recorrer a essa ferramenta.

A arbitragem também poderá ser decidida com base na *lex mercatoria*, caso tenham as partes previsto sua aplicação. Contudo, pode existir a hipótese de sua incidência complementar mesmo quando não tenham as partes acordado sobre sua aplicação ao contrato ou à arbitragem. Tal ocorreu na famosa arbitragem conhecida como caso ARAMCO, envolvendo a *Arabian American Oil Co.*, uma subsidiária da *Standard Oil Company of California* (posterior Chevron) e da Texaco, e o governo da Arábia Saudita¹⁴.

Nele o tribunal arbitral instituído deparou-se com um contrato de transporte de petróleo regido pelas leis muçulmanas. Diante disso, aplicou subsidiariamente ao caso regras então reconhecidas da *lex mercatoria*.

Contudo, a norma que realmente deverá guiar o tribunal arbitral no julgamento da controvérsia a ele trazida oriunda de um contrato internacional do comércio, é a lei escolhida para reger a obrigação nele contida. Do contrário, estar-se-ia permitindo que o contrato, durante sua execução, fosse governado por um ordenamento, mas, quando trazido a uma disputa arbitral, estaria sujeito a outro.

Caso o contrato ou a cláusula arbitral não expresse qual será a lei aplicável ao litígio, caberá ao tribunal arbitral determinar qual será a legislação incidente.

Esta determinação não é ilimitada e irrestrita ao árbitro, devendo o mesmo se pautar em um mínimo critério de razoabilidade para determinar qual a lei aplicável. São diversos os parâmetros que poderão guia-lo: a Lei Modelo de Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL, por exemplo, define em seu artigo 28, item (2), que o tribunal arbitral deverá se

¹⁴ No caso, foi celebrado em 29 de maio de 1933 um contrato entre o Governo da Arábia Saudita e a *Standard Oil Company of California* prevendo a concessão do direito de exploração de petróleo no território da Arábia Saudita àquela empresa, sendo este contrato posteriormente cedido à *Arabian American Oil Co.* Ocorre que em 2 de janeiro de 1954 o governo da Arábia Saudita celebrou um contrato com a *Saudi Arabian Maritime Tankers Ltd.* para a concessão de um direito de preferência sobre o transporte de petróleo extraído do território da Arábia Saudita a esta empresa, por um prazo de 30 anos.

A *Arabian American Oil Co.* iniciou um procedimento arbitral alegando que esta nova concessão violaria o seu direito de exclusividade sobre o transporte do petróleo que ela extraísse do território árabe, gerando a discussão. Na sentença, o tribunal arbitral reconheceu que: "*Although the Concession Agreement is connected with the Hanbali school of Moslem law, as applied in Saudi Arabia-from which it derives its validity and effectiveness-the Interpretation of this Agreement should not be based on that law alone. The Interpretation of contracts is not governed by rigid rules; it is rather an art, governed by principles of logic and common Sense, which purports to lead to an adaptation, as reasonable as possible, of the provisions of a contract to the facts of a dispute.*" Consequentemente, aplicou ao caso regras comuns de transporte marítimo e do petróleo, componentes da *lex mercatoria*. - ARAMCO-Award, ILR 1963, at [117 et seq.]. Chairman: Georges Sauser-Hall. Arbitrators: Helmy Bahgat Badawi/Saba Habachy; Mahmoud Hassan. Helmy Bahgat Badawi faleceu durante o curso da arbitragem e foi substituído por Saba Habachy (TRANS-LEX LAW RESEARCH. Disponível em: <www.trans-lex.org>. Acesso em: 9 jul. 2013).

pautar pela regra de conflito de leis aplicável ao caso para determinar a legislação incidente¹⁵. Já o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da ICC estabelece, em seu artigo 21, itens (1) e (2), que o tribunal arbitral deverá adotar a legislação que julgar apropriada e levar em consideração os termos do contrato e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes¹⁶. Esta é a mesma regra adotada pelo regulamento da *American Arbitration Association* para arbitragens internacionais¹⁷.

Deve-se destacar que esta omissão à legislação aplicável não abre a possibilidade do julgamento por equidade, que somente é autorizado quando expressamente previsto no acordo de arbitragem. Deve o tribunal arbitral determinar, de acordo com os critérios possíveis e de sua escolha, qual será a lei incidente, para então aplicá-la ao objeto do litígio.

2.3.2 Procedimento arbitral

Consequência da autonomia conferida às partes na arbitragem, a lei que rege o procedimento arbitral não necessariamente deve ser o mesmo aplicado à solução do objeto do litígio a ela trazida. É facultado às partes determinar leis diferentes para incidir sobre o objeto e sobre o procedimento.

A diferença entre ambas é que, enquanto a lei que rege o objeto da arbitragem será utilizado para fundamentar a decisão final do tribunal arbitral na solução do problema, a lei que rege a arbitragem regerá seus procedimentos, a conduta das partes, as formalidades e limites de alcance e validade dos trâmites procedimentais e seu conteúdo. Ou seja, é ela que vai determinar, entre outros elementos, os requisitos e impedimentos para atuação dos árbitros e a extensão dos seus poderes, as providências necessárias e os fundamentos formais para anular a decisão arbitral¹⁸.

¹⁵ Diz a referida disposição que: “*Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.*”

¹⁶ Diz a referida disposição que: “1 - As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas.

2 - O tribunal arbitral deverá levar em consideração os termos do contrato entre as partes, se houver, e quaisquer usos e costumes comerciais pertinentes.”

¹⁷ Artigo 28, itens (1) e (2), que determinam: “1 - *The tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law designated by the parties as applicable to the dispute. Failing such a designation by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate.*

2 - *In arbitrations involving the application of contracts, the tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account usages of the trade applicable to the contract.*”

¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 193.

Poderão as partes recorrer a regras de procedimento já definidos por câmaras arbitrais ou instituir regras próprias para a sua arbitragem. Isso, contudo, não isenta a incidência de uma legislação para regular o procedimento arbitral, visto que, nesse caso, eventuais situações não amparadas pelo regramento acordado estarão sujeitas à incidência subsidiária da legislação que regerá o procedimento arbitral. Além disso, eventuais normas de ordem pública deste ordenamento poderão impedir a aplicação de determinada regra procedimental à arbitragem, em caso de conflito.

A determinação da lei que regerá o procedimento arbitral, considerando a autonomia para a sua escolha, caberá às próprias partes, no contrato ou no compromisso arbitral. Deve-se ressaltar que nem sempre essa autonomia imperará, existindo casos, como na Alemanha, onde as arbitragens ocorridas em seu território não podem ser conduzidas com base em leis procedimentais estrangeiras¹⁹.

A não definição, pelas partes, de qual será a lei que regerá o procedimento arbitral, sujeitará a sua escolha ao tribunal arbitral. Aqui também existem diversos mecanismos desenvolvidos para a definição de qual será a legislação escolhida, sendo entendimento majoritário o que defende, numa arbitragem internacional, que a escolha deverá ser pela lei do local onde for sediada a arbitragem.

Esta regra se justifica considerando o contexto onde se desenvolve a arbitragem.

Normalmente, quando houver a necessidade de recurso a um juízo estatal, por exemplo para a execução forçada de medidas cautelares ou liminares concedidas pelos árbitros, quase sempre será o juízo do país onde estiver sediada a arbitragem que será acionado. Além disso, o fato de o procedimento correr em um país já o sujeita às normas de ordem pública ou de aplicação imediata daquele local, estando o procedimento arbitral sujeito ao seu cumprimento.

Esta tese influenciou alguns diplomas internacionais, merecendo destacar a Convenção de Nova Iorque, de 1958, que em seu item V.1.(d) estabelece que o reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira pode ser negado caso o procedimento da arbitragem não tenha se

¹⁹ O Código de Processo Civil Alemão (*Zivilprozessordnung*) autoriza às partes, em sua seção 1043.(1), livremente determinar as regras do procedimento arbitral, mas a seção 1025.(1) estabelece que os procedimentos arbitrais sediados em solo alemão estão sujeitos às normas daquele código. Dizem as mencionadas normas que: “1025.(1) *Die Vorschriften dieses Buches sind anzuwenden, wenn der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens im Sinne des § 1043 Abs. 1 in Deutschland liegt.* 1043.(1) *Die Parteien können eine Vereinbarung über den Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens treffen. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens vom Schiedsgericht bestimmt. Dabei sind die Umstände des Falles einschließlich der Eignung des Ortes für die Parteien zu berücksichtigen.*” (ALEMANHA. *Zivilprozessordnung*. **Reichsgesetzblatt**, Berlin, 30 jan. 1877. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 23 out. 2012).

dado de acordo com o pactuado entre as partes ou, não existindo esse, de acordo com a lei do país onde a arbitragem ocorreu²⁰.

Além deste critério, existe outro que aponta para o dever de o tribunal analisar qual seria a intenção das partes no documento que originou a arbitragem e, seguindo esta lógica, de forma moderada, concluir por qual teria sido a escolha implícita das partes no tocante à lei que regulará o procedimento arbitral. Contudo, este método quase sempre levará à opção pela lei do local da arbitragem, considerando que a simples escolha do país onde o procedimento será sediado já conota uma atração das partes à legislação procedimental daquele território (visto que raramente as partes optarão por sediar a arbitragem em um país cuja legislação não lhes agrade).

A Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL²¹ confere ao Tribunal Arbitral o poder para decidir, em caso de omissão das partes, qual será a lei que regerá o procedimento arbitral. Neste mesmo sentido, o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da ICC²² também confere esta liberdade, sendo interessante verificar que, neste caso, ele não obriga a adoção de uma lei nacional. Trata-se de postura que se nota no corpo deste novo regramento, que prima pela tentativa de manutenção de sua auto suficiência, buscando centrar nele as regras procedimentais das arbitragens por ele reguladas²³.

Ao final, também ficará a cargo da discricionariedade do árbitro essa escolha, caso as partes não tenham expressamente previsto a lei ou o processo de determinação da lei que regulará o procedimento arbitral.

Por fim, também é possível que o procedimento arbitral seja regulado por mais de uma lei, através do mecanismo do *dépeçage*, quando, então, determinados procedimentos serão de acordo com uma legislação e outros conforme diversa legislação. Isso foi observado no caso da

²⁰ Diz esta norma que: “Article V I. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: [...] (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place;”

²¹ Artigo 19: “(1) Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.”

²² Art. 19.(1): O procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissivo, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem.

²³ Clara demonstração disso é o disposto em seu último artigo, de número 41: “Em todos os casos não expressamente previstos no Regulamento, a Corte e o tribunal arbitral deverão proceder em conformidade com o espírito do Regulamento, fazendo o possível para assegurar que a sentença arbitral seja executável perante a lei.”

ARAMCO, citado acima, contudo, sofre crítica no sentido de que tal prática pode acabar sujeitando o procedimento a duas legislações conflituosas ou incompatíveis.

2.3.3 O tribunal arbitral

Numa arbitragem, o tribunal arbitral é o ente que recebe o poder decisório para dirimir a controvérsia que lhe é trazida ao conhecimento. Trata-se de um órgão monocrático ou plural, conforme as partes definirem, ao qual é incumbida a função de pôr fim ao litígio.

O acordo de arbitragem definirá qual será o número de árbitros e como estes serão escolhidos. Poderá, também, remeter a alguma regra a definição de como será feita esta indicação.

O árbitro poderá ser escolhido por consenso entre as partes ou através de uma instituição contratada para administrar o procedimento. Normalmente o Tribunal Arbitral é composto por três árbitros, sendo que cada litigante indicará um e estes dois árbitros apontarão o terceiro julgador, que presidirá o tribunal arbitral²⁴. Existem outras formas de definição deste terceiro árbitro, como, por exemplo, a regra da Corte Internacional de Arbitragem da ICC, que estabelece que caberá a ela aponta-lo, salvo acordo diferente entre as partes²⁵.

No momento em que o árbitro for indicado deverá informar se assumirá a função ou se possui qualquer impedimento para julgar a causa. Caso assuma, estará o árbitro sujeito a impugnação pela parte contrária a quem o indicou, sendo este procedimento regulado conforme as regras procedimentais da arbitragem ou a lei subsidiária que lhe for aplicável.

Caso o árbitro venha a abdicar de sua nomeação ou se vier a ser declarado impedido para assumir a função, um novo árbitro será indicado em seu lugar. Esta nova nomeação poderá se dar pela mesma forma como foi escolhido o árbitro impedido²⁶ ou poderão as partes optar por um mecanismo alternativo para sua nomeação.

²⁴ Esta é a regra contida no modelo de regras de procedimento para arbitragens comerciais internacionais da UNCITRAL (Artigo 9.(1))

²⁵ Artigo 12, item (5): Quando o litígio tiver de ser solucionado por três árbitros, o terceiro árbitro, que atuará na qualidade de presidente do tribunal arbitral, será nomeado pela Corte, a menos que as partes tenham decidido por outro procedimento para a sua designação, caso em que esta ficará sujeita a confirmação nos termos do artigo 13. Caso tal procedimento não resulte em designação dentro de 30 dias da confirmação ou nomeação dos co-árbitros ou dentro de qualquer outro prazo acordado pelas partes ou fixado pela Corte, o terceiro árbitro deverá ser nomeado pela Corte.

²⁶ Como define o artigo 15 da Lei modelo da UNCITRAL: “Where the mandate of an arbitrator terminates under article 13 or 14 or because of his withdrawal from office for any other reason or because of the revocation of his mandate by agreement of the parties or in any other case of termination of his mandate, a substitute arbitrator shall be appointed according to the rules that were applicable to the appointment of the arbitrator being replaced.”

O Tribunal Arbitral considera-se instaurado no momento em que for lavrado o Termo de Arbitragem ou a Ata da Missão, onde constarão os dados da arbitragem, como as partes envolvidas, o objeto, a língua, regras e legislação aplicável e o plano de desenvolvimento dos trabalhos. Ele funcionará no local definido para ser a sede da arbitragem, contudo, nada impede que realize procedimentos em outras localidades, no ímpeto de proceder a todas as análises e ter contato com todos os elementos que guardam ligação com o objeto trazido à arbitragem, que servirão de amparo à decisão final pelo tribunal arbitral.

Em decorrência de sua função de julgador, deverá o tribunal arbitral proferir a decisão final da arbitragem, salvo se as partes optarem pela extinção do procedimento durante seu percurso, atendendo aos princípios de imparcialidade, lealdade, boa fé e comprometimento.

Além disso, considerando que o sigilo e a rapidez são duas das principais vantagens proporcionada pela arbitragem, caberá aos membros do tribunal arbitral zelar pelo segredo dos procedimentos e atentar ao cumprimento do prazo para a solução da arbitragem²⁷.

Os árbitros que compõem o Tribunal Arbitral serão remunerados por seus trabalhos. Este valor poderá ser pactuado previamente pelas partes ou seguir uma referência pré-estabelecida. A Corte Internacional de Arbitragem da ICC, por exemplo, divulga tabelas contendo valores mínimos, médios e máximos dos honorários pagos aos árbitros em arbitragens por ela administradas. Já o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá estipula o valor dos honorários com base em um horas trabalhadas. Raros são os casos onde o regulamento prevê que as partes diretamente negociem com os árbitros seus honorários, sendo este o método adotado pela Associação Americana de Arbitragem.

Uma regra consensual na arbitragem é a de não considerar a possibilidade de os árbitros definirem, ao final da demanda, qual será o valor de seus honorários, em decorrência do princípio de evitar que alguém julgue em causa própria.

Cumprida a sua missão de prolação da sentença arbitral final, o tribunal arbitral é dissolvido, podendo ser novamente convocado apenas em situações excepcionais, como para proceder à eliminação de eventuais contradições, obscuridades ou omissões na decisão. Para tanto, normalmente é estipulado um prazo para que estes equívocos sejam apontados²⁸, evitando

²⁷ O artigo 30 das regras de procedimento da Corte Internacional de Arbitragem da ICC, por exemplo, determina com rigor que a sentença arbitral deverá ser proferida em no máximo 6 meses contados do início dos procedimentos, estando a prorrogação ou alteração deste prazo sujeitos à previa aprovação da Corte Internacional de Arbitragem da ICC.

²⁸ Por exemplo as regras da Corte Internacional de Arbitragem da ICC e as regras para Arbitragens Internacionais da Associação Americana de Arbitragem preveem um prazo de 30 dias para que estes defeitos sejam apontados, contados da notificação das partes da sentença arbitral.

a manutenção de um cenário de eterna insegurança que existiria caso não houvesse tal prazo para retificação ou correção.

2.3.3.1 O árbitro

A relação entre as partes e os árbitros é bastante discutida na doutrina que trata sobre o tema.

Há um entendimento pacificado de que este vínculo é de natureza contratual, considerando que decorre de um contrato entre o árbitro e as partes litigantes (tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral são negócios jurídicos autônomos ao contrato principal a que se encontram incluída/vinculado). Contudo, a discussão paira sobre a natureza deste vínculo.

Luiz Olavo Baptista aponta que já houve a tentativa de qualificar o contrato entre o árbitro e as partes como de prestação de serviços. Contudo, não se pode explicar o poder julgador conferido ao árbitro sobre as partes através de uma relação de prestação de serviços.

Ademais, este vínculo entre as partes e o árbitro é difícil de ser delineado com base em contratos nominados, sendo, portanto, mais acertado reconhecê-lo como um contrato *sui generis*²⁹. A característica principal deste contrato é o fato de o árbitro não estar vinculado à parte que o indicou, sob pena de violar o princípio da imparcialidade que deve reger a sua função. Contudo, não perde o fato de ser um contrato bilateral, criando direitos e obrigações entre ambas as partes e oneroso, dado que será necessário pagar os honorários dos árbitros.

O árbitro normalmente será um especialista na matéria onde surgiu a controvérsia em que for chamado a atuar. Nos Tribunais Arbitrais compostos por 3 ou mais árbitros é normal verificar que o presidente do Tribunal Arbitral seja um jurista, considerando que, por mais que seja um procedimento privado, está sujeito ao atendimento de condições legais, que serão em tese observadas por este presidente.

Do momento da sua nomeação até a prolação de sua decisão final, o árbitro encontra-se sujeito ao atendimento de diversas obrigações que buscam garantir a integridade e validade do procedimento arbitral.

Ao indicarem um árbitro, é comum as partes lhe apresentarem um questionário³⁰ cujas respostas, que serão abertas a todos os envolvidos no procedimento, servirão de base para

²⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 171.

³⁰ A *International Bar Association* disponibiliza livremente um questionário nesse sentido em sua página da internet, para consulta (INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Media and publication**: IBA guides, rules

assegurar, especialmente, a independência e imparcialidade do árbitro indicado frente às partes em conflito. Qualquer resposta que aponte para algum impedimento servirá de amparo para impugnar o árbitro indicado.

Este questionário, contudo, não isenta o árbitro do seu dever de informar no momento de sua indicação ou assim que tomar conhecimento, sobre qualquer fato ou conjuntura que possa vir a afetar sua imparcialidade e independência³¹.

Além destas obrigações, cabe ao árbitro agir com transparência, dentro dos limites das regras que foram acordadas entre as partes para o procedimento arbitral. Dessa forma, não pode o árbitro se envolver em procedimentos injustificados e obscuros, privando as partes de suas motivações e fundamentos durante a condução dos procedimentos.

O respeito às normas de procedimento da arbitragem e à lei aplicável é condição não só de regularidade, como dela dependem a validade e eficácia da sentença arbitral. Qualquer decisão proferida com base em lei não indicada para o procedimento arbitral, ou o uso da equidade quando não taxativamente autorizada pelas partes que celebraram o acordo de arbitragem, são causas que não só contaminam todo o procedimento, como ensejam o reconhecimento de nulidade da sentença arbitral, conforme estabelece o Artigo V, item 1.(d) da convenção³².

Essa preocupação com a conduta do árbitro vem ganhando maiores contornos e destaque, sendo observada a elaboração de códigos de ética aplicáveis aos árbitros na condução de seus trabalhos, como os formulados pela *International Bar Association* e pela Associação Americana de Arbitragem.

Contrapartida a estas obrigações, o árbitro é investido de um poder decisório para solucionar a questão a ele trazida pelas partes conflitantes. No seu exercício, deverá o árbitro julgar de acordo com as leis e regras estabelecidas para a arbitragem, podendo inclusive, quando

and other free materials. Disponível em: <www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em: 22 jun.2013).

³¹ Como exemplo sobre a seriedade como é tratada esta obrigação, em 2010 houve um interessante caso envolvendo o jurista Francisco Rezek numa arbitragem entre a Bradespar S.A., do grupo Bradesco, e o Banco Opportunity S.A. (hoje Banco Opportunity de Investimentos S.A.). O jurista foi apontado como um dos árbitros numa arbitragem discutindo a aquisição de uma fatia da Valepar, *holding* que controla o grupo Vale do Rio Doce. Houve uma decisão favorável ao Banco Opportunity S.A. Contudo, os advogados da Bradespar S.A. descobriram que em 2007 Francisco Rezek atuou como advogado em um processo de um dos sócios do Banco Opportunity S.A. na Itália, entrando com um pedido de anulação daquela decisão arbitral. O caso ganhou repercussão, tendo Francisco Rezek renunciado à função de árbitro e entrado com uma representação na OAB contra os advogados da Bradespar S.A. pela forma como conduziram a suspeita de impedimento.

³² Prevê a norma que: “*Article V 1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnished to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: [...] (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.*”

expressamente autorizado para tanto, recorrer à equidade. A decisão do árbitro será final, salvo acordo em contrário no pacto de arbitragem, e vinculante entre as partes.

A extensão temporal dos poderes do árbitro inicia do momento da instauração do tribunal arbitral e prolonga-se até a prolação da sentença, podendo ser reassumido em caráter especial, como quando for necessária a reforma da decisão em decorrência da existência de eventuais erros ou omissões, permanecendo apenas durante o período necessário para reparar tais problemas.

2.3.3.2 O princípio do *kompetenz-kompetenz*

Também como consequência da autonomia da arbitragem está o princípio do *kompetenz-kompetenz*, segundo o qual ao árbitro cabe decidir sobre sua competência para julgar determinada lide, retirando do Poder Judiciário o poder de resolver tal conflito de competência.

A competência do tribunal arbitral inicia com a celebração de um pacto de arbitragem válido e eficaz. A análise desses requisitos, quando questionados, seria, a priori, objeto de interpelação judicial. Contudo, conforme entendimento já solidificado pela doutrina e prática da arbitragem internacional³³, cabe ao próprio árbitro decidir sobre a sua competência.

Alguns doutrinadores não concordam com o nome dado a esse princípio, defendendo que essa expressão refere-se à exclusividade do poder do árbitro para determinar sua própria competência, sendo que, na verdade, o princípio aqui abordado significa que o árbitro irá examinar sua jurisdição em primeiro lugar, podendo essa questão ser reexaminada posteriormente pelo Judiciário³⁴.

Essa autonomia, contudo, não afasta a possibilidade de o judiciário analisar a decisão do árbitro podendo, em certos casos, até anulá-la. Isso fez surgir a questão sobre qual o limite em que poderá o julgador decidir sobre sua jurisdição, ou seja, determinar a validade do acordo de arbitragem. Atualmente existem duas correntes que se destacaram no posicionamento quanto a esse dilema: o judiciário norte americano e o judiciário francês.

A corrente adotada nos EUA foca a discussão no objeto da arguição de nulidade: se esta foi sobre o contrato inteiro ou apenas a cláusula arbitral. Na primeira opção, caberá ao árbitro decidir sobre a sua jurisdição, dado a autonomia que a cláusula compromissória possui

³³ Tanto que os regulamentos da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e do Centro Internacional para Resolução de disputas da Associação Americana de Arbitragem preveem expressamente que o árbitro decidirá quanto à sua jurisdição.

³⁴ DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmem. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 247.

do contrato. Todavia, se a impugnação for diretamente à cláusula arbitral, caberá ao judiciário analisar a competência para o julgamento da controvérsia.

Já a França adota entendimento mais liberal, entendendo que cabe ao árbitro determinar a sua competência em qualquer circunstância, salvo se a eleição da arbitragem tiver sido manifestamente nula, quando então o judiciário reterá a jurisdição.

O texto da Convenção de Nova Iorque, de certa forma, se filiou a esta postura mais liberal, reconhecendo que somente nos casos onde o pacto de arbitragem for nulo, inoperante ou incapaz de ser implementado, é que persistirá a competência do judiciário. Contudo, com certo conservadorismo, condicionou o reconhecimento dessa primazia do tribunal arbitral ao prévio requerimento, por uma das partes, de que seja remetido ao tribunal arbitral a decisão sobre esta competência³⁵.

Nesta mesma linha, a Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL determina a primazia do tribunal arbitral para decidir sobre a sua competência, estipulando que esta será mantida sobre qualquer arguição questionando a existência ou validade da cláusula arbitral³⁶.

O princípio do *kompetenz-kompetenz* vem sendo legitimado em diversos diplomas legais e regras de procedimento, reforçando ainda mais este entendimento já consolidado doutrinariamente.

2.4 Sentença arbitral

O objetivo final de qualquer arbitragem é chegar a uma solução terminativa, definitiva e de mérito, que vincula as partes. Trata-se do desfecho dos procedimentos, onde é consubstanciada a conclusão do árbitro ou do corpo arbitral, decidindo a controvérsia que lhe foi trazida à apreciação. A sentença arbitral marca o fim da arbitragem.

Os requisitos de validade da sentença arbitral poderão variar conforme o ordenamento adotado para reger o procedimento arbitral e a arbitragem. Isso porque, como a sentença configura o desfecho do procedimento, está sujeita às leis e regras definidas para o processo

³⁵ Prevê o artigo II, item (3) da Convenção: “*The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.*”

³⁶ O artigo 16, item (1), deste diploma determina que: “*The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.*”

arbitral. Além disso, como nela está contida a decisão de mérito da arbitragem, deve estar embasada na lei aplicável ao objeto da controvérsia. Mesmo considerando a diversidade de ordenamentos que podem reger a sentença arbitral, alguns requisitos comuns impostos à sentença arbitral podem ser traçados.

A sentença arbitral decorrerá do convencimento do árbitro único ou, em uma decisão colegiada, de acordo com a maioria dos votos do tribunal arbitral. Poderão as partes convencionar que a decisão colegiada deverá ser unânime, contudo, essa hipótese é pouco recomendada, considerando que seu rigoroso cumprimento inviabilizaria a prolação de uma sentença caso não haja consenso entre os árbitros compondo o Tribunal Arbitral.

Em decisões colegiadas existe a possibilidade de ocorrer um impasse entre árbitros que impeça a obtenção da decisão final, quando, por exemplo, cada julgador formar um convencimento diferente. A fim de evitar que situações como essa impeçam a prolação da sentença arbitral final, algumas saídas são propostas, como, por exemplo, a da *London Court of International Arbitration*, que estipula em suas regras que caso não seja possível a obtenção de uma maioria em determinada questão o presidente do Tribunal Arbitral a decidirá³⁷. Inobstante, trata-se de situação complicada que demandará criatividade das partes em uma arbitragem ante a ocorrência de uma hipótese como esta.

Normalmente a sentença deverá ser na forma escrita, com a assinatura do arbitro, ou dos árbitros, ao final, geralmente no mesmo idioma em que foi conduzida a arbitragem, mencionando sua data e o local onde foi proferida. A primeira exigência decorre da segurança que o registro da sentença confere ao procedimento e às partes, e da responsabilidade assumida pelo árbitro na prolação daquela decisão. Sentenças arbitrais não escritas poderão ser acordadas entre as partes, todavia, a insegurança que esta ausência de registro traz acaba desencorajando o uso desta opção.

Caso um dos árbitros, numa decisão colegiada, se recuse a assinar a sentença, ou esteja impossibilitado para tanto, abre-se a possibilidade de os demais árbitros, ou o presidente do Tribunal arbitral, assinarem-na, fazendo constar o impedimento que obistou a assinatura do árbitro faltante, sem que isso interfira na sua validade.

³⁷ Determina o item 26.3 das regras de procedimento da *London Court of International Arbitration* que: “Where there are three arbitrators and the Arbitral Tribunal fails to agree on any issue, the arbitrators shall decide that issue by a majority. Failing a majority decision on any issue, the chairman of the Arbitral Tribunal shall decide that issue.”

As partes poderão definir que a sentença seja em língua diferente ao dos procedimento ou que seja registrada em mais de uma língua, de acordo com a conveniência³⁸, contudo, o comum é que seja proferida na língua em que foram conduzidos os procedimentos, mantendo uma uniformidade e evitando complicações envolvidas na tradução de eventuais procedimentos ou fatos ocorridos durante a arbitragem para a sentença arbitral. Caso a sentença seja proferida em mais de uma língua, deverá ser eleita a versão oficial, que prevalecerá em caso de contradição entre ambas as versões.

O fundamento da decisão também é requisito raramente dispensado. Algumas regras de procedimento de arbitragem, como a da Associação Americana de Arbitragem e a da *London Court of International Arbitration* permitem que as partes acordem, expressamente, pela desnecessidade da fundamentação. Esta é a mesma linha seguida pela Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL. Já o regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da ICC não abre tal possibilidade, determinando que a fundamentação necessariamente deve constar na sentença arbitral.

A data em que a sentença arbitral foi proferida é exigência fundamental no tocante à determinação do cumprimento do prazo para sua prolação pelo árbitro, bem como para, de certo modo, marcar o início do termo em que passa a ser vinculante ou surta efeitos entre as partes em um arbitragem, embora esta dependa da notificação das partes, como será discutido.

O local da prolação da sentença espera-se que seja o da sede da arbitragem. As regras procedimentais da Associação Americana de Arbitragem e da *London Court of International Arbitration* taxativamente determinam que no local da prolação da sentença arbitral conste a sede da arbitragem. Neste mesmo sentido, a Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL e as regras da Corte Internacional de Arbitragem da ICC estabelecem que será considerado o local da prolação da sentença arbitral o lugar onde for instalada a sede da arbitragem.

Outra regra bastante aplicada diz respeito às decisões que tratam de quantias monetárias, que serão calculadas com base na moeda adotada pelas partes no contrato de onde se originou a controvérsia levada à arbitragem. Paradigma a esse preceito, caso esta sentença arbitral venha a necessitar da intervenção de alguma autoridade governamental, certamente ela se deparará com alguma norma de ordem pública do país desta autoridade determinando que seja feita a conversão dos valores monetários para a moeda local.

³⁸ Por exemplo, houve um caso em que tomamos conhecimento onde o procedimento da arbitragem foi todo em inglês, mas a sentença arbitral seria executada no Brasil. Para evitar gastos com honorários de tradutores juramentados e registros em órgãos públicos optou-se por a sentença arbitral ser proferida na língua portuguesa.

Outro aspecto normalmente tratado na sentença é a divisão entre as partes dos custos envolvidos na arbitragem, caso não tenha sido previamente acordado entre as partes. Em tendo sido estipulada uma regra prévia para a partilha deste ônus, estará o árbitro vinculado ao cumprimento desta regra, do contrário, deverá pautar-se nas normas aplicáveis à arbitragem e seu próprio convencimento ao distribuir tal encargo.

Caso as partes litigantes, durante o procedimento arbitral, entrem em consenso, poderá o acordo ser homologado pelo Tribunal Arbitral, sendo proferida sentença homologatória desta transação³⁹.

A sentença passa a ser eficaz no momento em que as partes forem notificadas de seu conteúdo. Em arbitragens administradas por Câmaras Arbitrais, o procedimento padrão é que os árbitros entreguem a sentença arbitral à secretaria destas câmaras e elas se incumbem de enviar as cópias da decisão às partes envolvidas na arbitragem, sendo uma via da decisão arquivada na Câmara Arbitral.

O prazo para cumprimento da decisão não é definido de forma uniforme. Poderá o árbitro mencionar na sentença arbitral quando esta deverá ser cumprida, bem como poderão as partes negociar, espontaneamente, o início de seu cumprimento. Neste mesmo sentido, a possibilidade de se requerer a execução judicial da sentença arbitral não cumprida poderá ser exercida após decorrido um prazo razoável para seu cumprimento espontâneo, que também poderá variar conforme o caso.

Por fim, a sentença arbitral poderá ser objeto de correções decorrentes de omissões, erros ou contradições em seu conteúdo, ou para aclarar eventuais obscuridades nela presentes. Para tanto, após receber sua via da decisão, cada parte terá um prazo para requerer esta revisão, normalmente de 30 dias, conforme a maioria dos regramentos das câmaras arbitrais analisados nesta pesquisa. Feito este requerimento, os árbitros serão chamados a se manifestar, podendo tanto sanar o eventual problema apontado como se manifestar no sentido de não haver a necessidade da correção ou esclarecimento solicitados. Em geral, o prazo para esta resposta também é de 30 dias.

A sentença arbitral a priori não é passível de recurso. Tanto que as regras da Corte Internacional de Arbitragem da ICC⁴⁰ e da *London Court of International Arbitration*⁴¹, por

³⁹ Esta sentença homologatória está prevista em diversos regulamentos de Câmaras Arbitrais, como, por exemplo, o da Corte Internacional de Arbitragem da ICC, a *London Court of International Arbitration*, na regra para Arbitragens Internacionais da Associação Americana de Arbitragem e na Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, dentre outros.

⁴⁰ Artigo 34, item (6).

⁴¹ Artigo 26, item (26.9).

exemplo, taxativamente preveem que as partes abdicam da possibilidade de qualquer revisão judicial da sentença arbitral. Em contrapartida, as regras para arbitragens internacionais da Associação Americana de Arbitragem omitem tal determinação, enquanto o artigo 34 a Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL abre esta possibilidade apenas para recursos visando a anulação da sentença arbitral, não sendo possível qualquer forma de revisão de seu conteúdo. Contudo, não se trata de recurso propriamente dito, mas sim ação anulatória da decisão arbitral.

Ao final, caberá às partes decidirem pela possibilidade de existir um recurso contra a sentença arbitral, contudo, trata-se de opção pouco utilizada, eis que gera maiores transtornos e procedimentos à arbitragem, indo contra os ideais de celeridade que ela traz consigo.

2.4.1 Limites à decisão do árbitro

O árbitro, no exercício de sua função de julgador, encontra limitações ao poder que lhe foi investido, de cunho subjetivo e objetivo. Conforme apontado, o seu vínculo com as partes é de natureza contratual e, inobstante desse vínculo decorra seu poder decisório, nele também estão as fronteiras onde o árbitro poderá agir sem contaminar sua atuação.

Espera-se do árbitro que o mesmo tenha para com a arbitragem uma conduta ilibada, zelando sempre pela manutenção de sua imparcialidade e independência, decidindo com razoabilidade e ponderação.

Por mais que isto esteja ligado a valores internos da pessoa do árbitro, é esperada que sua atuação seja vista, sob qualquer ângulo, como cercada de um equilíbrio e correção durante todo o procedimento arbitral até sua decisão final, e de comprometimento para com o problema trazido à sua apreciação. Estes parâmetros subjetivos estão diretamente ligados à pessoa do árbitro e às expectativas por ele geradas nas partes, que fundamentaram a sua nomeação.

É comum a insatisfação da parte vencida ao fim da arbitragem, porém, espera-se que este descontentamento seja com a decisão, e não com o árbitro, o que simbolizaria, em tese, que ele não ultrapassou os limites morais dele esperados. Da mesma forma, não é comum a insatisfação da parte vencedora na arbitragem, contudo, a satisfação desta com o árbitro também será um termômetro de sua atuação.

Numa perspectiva objetiva, o árbitro deverá decidir de acordo com as leis e regras instituídas pelas partes para a arbitragem e, quando esta envolver um contrato, também conforme suas cláusulas e condições. O recurso à equidade somente é possível caso tenha sido taxativamente autorizado pelas partes.

A decisão do árbitro deverá contemplar todo o objeto trazido ao seu conhecimento. Não pode ultrapassá-lo, omitir pontos nem decidir acerca de outra matéria que não aquela trazida à sua apreciação.

Caso tenha-se verificado qualquer dessas ocorrências, as regras de arbitragem normalmente estipulam que se for possível isolar a parte da decisão que ultrapassou a matéria levada à arbitragem será esta desconsiderada, atendo-se àquele conteúdo que efetivamente focou sobre o objeto da arbitragem. Não sendo isso possível, ou existindo omissão, será o árbitro chamado a retificar ou complementar sua decisão, para que a sentença arbitral contenha a decisão total e completa sobre o litígio.

O árbitro poderá instituir multas ou outras punições monetárias, bem como determinar eventuais indenizações pela parte considerada faltosa. Esta possibilidade poderá ser, contudo, excluída de acordo com o acordado entre as partes numa arbitragem. Nesta matéria, excepcionalmente o regulamento para arbitragens internacionais da Associação Americana de Arbitragem estabelece que as partes, salvo disposição expressa em contrário, renunciam a quaisquer direitos a punições. Contudo, o comum é que os regulamentos das Câmaras Arbitrais omitam disposições neste sentido, mantendo a possibilidade da fixação de eventuais sanções.

2.4.2 Anulação da sentença arbitral

A sentença arbitral poderá vir a ser objeto de ação anulatória caso algum de seus requisitos de validade não tenha sido observado. Porém certas questões são levantadas sobre esta possibilidade, que merecem considerações.

A polêmica inicial trata da definição do poder judiciário competente para anular a sentença arbitral. Normalmente este seria o do país da arbitragem, contudo, analisando diversos ordenamentos nacionais, verifica-se que não há um consenso sobre como definir esta nacionalidade.

A Itália, por exemplo, considera italiana a arbitragem que tiver sua sede instalada em território italiano. Já a Alemanha considera alemã a arbitragem que optar pela aplicação do seu direito. O Brasil leva em consideração a nacionalidade da sentença, sendo brasileira a sentença aqui proferida, não importando o local onde seja sediada a arbitragem ou a lei aplicada. Ou seja, considerando estas realidades, uma sentença proferida por um tribunal arbitral sediado na Itália, aplicando a lei alemã, cuja sentença foi proferida no Brasil, enfrentará o problema de a lei de cada um destes países o considerar competente para conhecer uma demanda buscando anular a

sentença arbitral. Situações assim complexa, podendo passar por regras de reenvio, e raramente encontrarão soluções pacíficas.

A Lei Modelo para Arbitragens Internacionais da UNCITRAL estabelece como competente para anular a sentença arbitral a autoridade do país onde for sediada a arbitragem. Já a Convenção de Nova Iorque, de 1958 elege competentes, concomitantemente, a autoridade do país onde foi sediada a arbitragem ou cuja lei foi aplicada à arbitragem⁴². Ou seja, em alguns casos será necessária uma análise trabalhosa do conflito de leis e normas de direito internacional para se chegar a qual seria a autoridade competente para anular a sentença arbitral.

Outro ponto a ser considerado é que no processo de anulação da sentença arbitral não será feita a análise do mérito da decisão, sob risco de este procedimento ser considerado uma revisão do julgamento do Tribunal Arbitral, o que não é permitido, considera que a arbitragem guarda uma jurisdição única.

As razões que levariam à anulação de uma sentença arbitral variarão de acordo com o país competente para proceder a tal ato. Contudo, nota-se que matérias de ordem pública e regras de competência e validade guardam relação direta com a anulabilidade da sentença arbitral.

A Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL estipula como condições para anular a sentença arbitral, referindo ao acordo de arbitragem, se este for inválido ou se as partes que o firmaram sofriam alguma incapacidade para tanto.

Quanto ao procedimento, a Lei Modelo determina que, caso não tenham sido observadas as regras e leis definidas pelas partes para a arbitragem ou se não foi aberta a possibilidade para o contraditório, tais violações maculam o procedimento arbitral, causando sua nulidade. Nota-se especial preocupação à necessidade de a parte demandada na arbitragem ter a oportunidade para apresentar sua defesa e da certeza de as partes serem comunicadas de todos os procedimentos durante a arbitragem, para a manutenção da sua validade. Quaisquer violações a estes princípios geram o sumário direito de anulação não só da sentença arbitral, mas de todo o procedimento.

No tocante à sentença arbitral, a Lei Modelo exige que a matéria levada a arbitragem seja arbitrável de acordo com a lei do país da nacionalidade da arbitragem, do contrário, será nula a sentença arbitral que decidir sobre ela. Além disso, a sentença arbitral que decidir

⁴² A cláusula V, item 1.(e), estipula que “*The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.*”, ou seja, do texto se infere que tanto o país onde foi sediada a arbitragem como o da lei aplicável guardariam autoridades competentes para anular a sentença arbitral.

matérias fora dos limites do acordo de arbitragem não será reconhecida como válida, salvo se for possível a separação do teor em que está tratado o objeto da arbitragem daquele que o extrapola, sendo este último desconsiderado. Não observadas estas condições, será nula a sentença, passível de anulação pelo poder judiciário competente.

O procedimento para anulação varia de acordo com os procedimentos previstos na lei de cada país. Uma vez anulada a sentença, ela deixa de surtir efeitos, devendo, quando possível, ser novamente convocado o Tribunal Arbitral para proferir nova decisão, quando o vício encontrado estiver somente na sentença arbitral. Caso a anulação tenha decorrido de vícios observados durante o procedimento arbitral, será necessário refazê-lo, caso as partes optem por continuar a se valer deste mecanismo.

Contudo, sendo a sentença arbitral anulada em consequência da matéria tratada na arbitragem não ser passível de julgamento por um Tribunal Arbitral, por vedação legal, deverão as partes envolvidas no litígio levá-la ao conhecimento do poder judiciário nacional ou autoridade competente, não podendo valer-se da arbitragem neste caso.

2.4.3 Reconhecimento e execução da sentença arbitral

Uma considerável vantagem para a arbitragem é a possibilidade de a sentença arbitral poder vir a ser executada pela autoridade competente do país onde ela vier a surtir efeitos. Lógico que se espera que as partes cumprirão de boa-fé a decisão do árbitro, contudo, não se pode ignorar esse risco de descumprimento. Remediando isso existe o mecanismo de reconhecimento e homologação da sentença arbitral pelo poder judiciário nacional, ou outra autoridade competente, por meio do qual é reconhecida a validade e eficácia da sentença arbitral, a legitimando a ser objeto de processo de execução forçada no país onde ocorrer este procedimento.

No tocante às sentenças arbitrais domésticas, a legislação de cada país definirá qual será o procedimento para este reconhecimento, normalmente mais simplificado. Já com relação às sentenças arbitrais estrangeiras, por muito tempo vigorou em diversos países o processo do *double exequatur*, segundo o qual o poder judiciário ou a autoridade competente de um país somente homologaria a sentença arbitral proferida em país estrangeiro após o poder judiciário ou autoridade competente do país de origem da sentença o tiver previamente homologado. Este procedimento era estipulado na Convenção de Genebra, de 1927, que será analisada, e demonstrou ser totalmente não prático, considerando que as partes que pleiteassem o

reconhecimento e homologação da sentença arbitral precisavam aguardar estes dois procedimentos, ao custo de tempo e taxas.

A Convenção de Nova Iorque, de 1958, aboliu esta exigência, estipulando que os países signatários deste acordo reconheceriam e homologariam a sentença arbitral estrangeira, sem a prévia necessidade de homologação em seu país de origem. Sua ampla adesão⁴³ culminou na redução do número de países que ainda exigem o *double exequatur*, estando hoje esse mecanismo em desuso.

O processo de reconhecimento e homologação de uma sentença arbitral não passa por um exame do conteúdo da decisão, mas sim do atendimento às formalidades e leis aplicáveis à arbitragem e ao seu objeto, cuidando para que todos os procedimentos estejam de acordo com o definido pelas partes. Além disso, será feita verificação da ocorrência de qualquer contrariedade entre o conteúdo da sentença arbitral e as normas do país onde se esteja buscando seu reconhecimento e a homologação, especialmente as que se revestem de caráter de ordem pública ou de aplicação imediata.

A parte contra quem se está pretendendo o reconhecimento e execução da sentença arbitral poderá impugnar este procedimento, devendo, neste caso, apresentar os argumentos segundo os quais a homologação deve ser negada, que variam conforme a lei do país considerado⁴⁴. As condições para o indeferimento da homologação da sentença arbitral doméstica seguem a lei de cada Estado. No tocante às sentenças arbitrais estrangeiras, além da observância da lei dos Estados onde se buscar sua validação, são arroladas exigências tanto pela Lei Modelo para Arbitragens Comerciais Internacionais da UNCITRAL⁴⁵ como pela Convenção de Nova Iorque, de 1958⁴⁶, que serão apontados adiante.

Caso a homologação seja negada, a sentença arbitral não poderá ser objeto de execução judicial no país onde buscou-se seu reconhecimento. Contudo, em sendo reconhecida e homologada, terá validamente adentrado o ordenamento jurídico daquele Estado, tornando passível de ser objeto de processo de execução forçada.

⁴³ Até 14 jul. 2013 havia 149 países signatários desta convenção (UNITED NATIONS. Treaty collection: chapter XXII: Commercial Arbitration: 1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York, 10 June 1958. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 21 jul. 2013).

⁴⁴ Com relação a este procedimento, Emir Calluf Filho aponta um relevante problema: “O grau de preparo do tribunal no trato de impugnações antes de proferir a sentença final varia muito de país para país. Neste contexto, existe sempre o risco de a corte recusar escutar uma impugnação da convenção arbitral ou somente permitir a parte vencer a ação caso apresente justificativa incontestável.” (CALLUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional**: o local da arbitragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63).

⁴⁵ Em seu artigo 36.

⁴⁶ Em seu artigo V.

Para a manutenção de uma estabilidade e conferência de segurança jurídica à sentença arbitral, é importante que, assim como na elaboração dos contratos internacionais do comércio, sejam considerados todos os ordenamentos nacionais com os quais a sentença arbitral poderá vir a ter contato, evitando que nela conste qualquer conteúdo que inviabilize seu reconhecimento e homologação em um desses países.

A Corte Internacional de Arbitragem da ICC, neste sentido, adota interessante procedimento de revisão da sentença arbitral antes de a mesma ser enviada às partes. Nessa etapa, de cunho obrigatório, será feita uma análise de seu teor e forma por agentes da ICC, de modo a possibilitar que a mesma seja executável em qualquer país onde possa vir a surtir efeitos. Não serão feitas mudanças no conteúdo da sentença arbitral, mas a Corte Internacional de Arbitragem da ICC poderá fazer mudanças em sua formatação, vir a chamar os árbitros para revisarem algumas decisões ou estabelecer algumas condições ao teor da sentença. Somente após a aprovação da Corte Internacional de Arbitragem da ICC é que a sentença arbitral poderá ser remetida às partes.

2.5 A Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

A efetividade da consolidação da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias também no âmbito internacional inevitavelmente passa pelo reconhecimento da validade e eficácia das sentenças arbitrais internacionais. Por mais que se credite à boa-fé das partes o cumprimento das decisões do árbitro, é necessária a garantia de que a sentença arbitral é capaz de ser objeto de execução forçada em caso de seu descumprimento, do contrário, tratar-se-á de um mera listagem de determinações sem força legal.

No âmbito interno dos Estados, cada vez mais se nota a presença de leis tratando de arbitragem inspiradas na Lei Modelo para Arbitragens da UNCITRAL, que legitimam e dão força tanto ao procedimento como à sentença arbitral. São, por óbvio, estabelecidas limitações ao seu uso e alcance, contudo nestes países que se inspiraram na lei modelo são adotados mecanismos que conferem eficácia e validade às sentenças arbitrais, tornando-as aptas para serem objeto de execução forçada caso não sejam espontaneamente cumpridas.

Já no plano internacional, a ausência de um ordenamento uniforme entre os países e a existência de diversos ordenamentos nacionais díspares cria um cenário de insegurança e instabilidade no tocante ao reconhecimento da validade de um procedimento arbitral realizado nesta esfera. Conforme apontado, diversas poderão ser as leis incidentes a uma arbitragem

comercial internacional, bem como possível é que a arbitragem e a sentença arbitral gerem efeitos ou consequências em mais de um país.

Trata-se de situação não exclusiva à arbitragem. Diversas operações internacionais, como os contratos e os investimentos, põem em contato mais de um ordenamento estatal para reger seu funcionamento e limites.

Essa pluralidade gera uma ausência de segurança no tocante à garantia da executoriedade das sentenças arbitrais proferidas em arbitragens internacionais pelos países onde eventualmente ela vierem a surtir efeitos, que desestabiliza esse mecanismo alternativo de solução de disputas.

Frente a isso, foram necessários mecanismos que possibilitassem assegurar o reconhecimento dessas sentenças arbitrais estrangeiras, ainda mais considerando o desenvolvimento da globalização, que intensificou os contatos no plano internacional. Carlos Alberto Carmona fez boa leitura desse fato, descrevendo que:

A moderna tendência do direito – nos mais diversos ordenamentos jurídicos – é a internacionalização dos atos jurisdicionais. Assim, as mesmas razões que justificam a aplicação extraterritorial da lei estrangeira dão suporte ao reconhecimento das sentenças – estatais ou arbitrais – provenientes de outros países.⁴⁷

No caso da arbitragem comercial internacional esta ferramenta veio na forma de uma Convenção, cuja redação final foi concluída em 10 de junho de 1958, apresentada na cidade de Nova Iorque - EUA, versando sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

A Convenção de Nova Iorque, de 1958, regula entre seus signatários as exigências e garantias para a homologação e incorporação, ao seu ordenamento jurídico, das sentenças arbitrais estrangeiras, proferidas tanto em arbitragens estrangeiras como em internacionais. Ela possui um enxuto corpo de 16 artigos, onde são traçadas regras e parâmetros gerais das condições para o processo de homologação e reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, estabelecendo um rol taxativo de situações que ensejam a recusa do reconhecimento dessas sentenças arbitrais pelos signatários.

Com atualmente 149 signatários⁴⁸, a Convenção de Nova Iorque, de 1958, certamente pode ser tida como um dos diplomas internacionais de maior aceitação entre os países componentes da sociedade internacional.

⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 436.

⁴⁸ O último país a aderir à Convenção foi a República da União de Myanmar em 16 de abril de 2013. O Brasil é signatário da Convenção, sendo que ela foi sancionada pelo Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002 (BRASIL).

Um grande avanço da convenção de Nova Iorque foi a eliminação da necessidade do *double exequatur*, retirando a exigência dessa prévia homologação para o reconhecimento da sentença arbitral pelos países signatários, reduzindo consideravelmente a burocracia e o tempo necessário para o processo de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Agora, conforme a Convenção, a parte que desejar ver homologada uma sentença arbitral estrangeira em um país signatário deverá apenas apresentar, perante o Poder Judiciário ou autoridade competente, uma via ou cópia certificada da sentença arbitral e do acordo de arbitragem.

O escopo de aplicação da Convenção de Nova Iorque, de 1958, encontra-se definido em seu artigo 1º, item (1), que estipula:

Esta Convenção será aplicada ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais feitas no território de outro Estado que não o Estado onde o reconhecimento e execução de tal sentença é pretendido, e oriunda de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Ela também será aplicada às sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde seu reconhecimento e execução sejam pretendidos.⁴⁹

Nota-se que a abrangência de sua aplicação levou em conta os diferentes parâmetros existentes entre ordenamentos nacionais para a determinação do elemento de estraneidade da sentença arbitral. Por exemplo, se determinado ordenamento considera apenas o local onde foi proferida a sentença para definir sua nacionalidade, será nacional a sentença arbitral proferida em seu território, pouco importando o local onde esteja sediada a arbitragem. Contudo, se outro país adota como elemento definidor da nacionalidade o local onde estiver sediada a arbitragem, será nacional a sentença arbitral proferida durante uma arbitragem sediada em seu território. As sentenças que não se enquadrarem nestas hipóteses estão sujeitas ao texto da Convenção.

A Convenção de Nova Iorque possibilita aos seus signatários a imposição de reservas, contudo limitada a duas hipóteses. A primeira refere-se à reciprocidade, permitindo que um país não aplique a Convenção a pessoas oriundas de países que não são seus signatários. Já a segunda autoriza que o país signatário limite a aplicação da Convenção aos casos considerados como comerciais de acordo com a sua legislação nacional.

Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 30 set. 2013).

⁴⁹ Tradução nossa. O original, em inglês, prevê que: “*This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such award are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.*”

A reserva de reciprocidade foi bastante adotada, tendo atualmente 73⁵⁰ países a aplicando. Já a segunda reserva, que lida com um tema bastante complexo (a definição do que viria a ser uma atividade comercial), é menos invocada, tendo 45⁵¹ países signatários impostos esta reserva⁵².

A Convenção de Nova Iorque apresenta um rol taxativo de situações que ensejam o não reconhecimento e homologação de uma sentença arbitral estrangeira. Elas estão listadas no seu artigo V, e tratam de casos onde é verificado que:

- As partes que firmaram o pacto de arbitragem eram incapazes, nos termos da lei que lhes for aplicável, ou se o pacto de arbitragem firmado era inválido, conforme a lei escolhida para regê-lo, ou, no caso de omissão desta no contrato, de acordo com a lei do país em que for proferida a sentença;
- A parte contra a qual a sentença for invocada não foi devidamente notificada da designação do árbitro ou do procedimento arbitral, ou se lhe foi impossível apresentar sua contestação;
- A sentença arbitral tratar de um litígio que não foi objeto nem está ligado aos termos do acordo de arbitragem, ou se contém decisões que extravasam os termos do pacto de arbitragem. No entanto, se o conteúdo da sentença arbitral referente às questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente às questões não submetidas à arbitragem, a parte que contiver a decisão das matérias submetidas à arbitragem poderá ser reconhecida e executada;
- A constituição do Tribunal Arbitral ou o procedimento arbitral não foi de acordo com o convencionado entre as Partes ou, na falta de tal convenção, não estava em conformidade com a lei do país onde foi instalada a sede da arbitragem;
- A sentença arbitral ainda não se tornou obrigatória para as Partes, foi anulada ou suspensa pela autoridade competente do país onde a sentença foi proferida ou sob cuja lei a arbitragem foi submetida.

⁵⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards** (New York, 1958). Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 14 jul. 2012.

⁵¹ Ibid.

⁵² O Brasil aderiu à Convenção sem fazer quaisquer reservas.

Além destas condições diretamente ligadas à arbitragem, prevê a Convenção de Nova Iorque, considerando o ordenamento interno do país signatário, que a homologação e execução da sentença arbitral também poderão ser negados quando⁵³:

- O objeto do litígio não puder ser submetido à arbitragem de acordo com o país onde se busca o reconhecimento;
- O reconhecimento ou a execução da sentença arbitral forem contrários à ordem pública do país onde se busca o reconhecimento.

Nota-se que o texto da Convenção buscou excluir a possibilidade de homologação as sentenças arbitrais com algum vício ou contaminadas por alguma irregularidade na instituição ou desenvolvimento da arbitragem, bem como preocupou-se em observar as limitações impostas pela lei do país onde se busca essa homologação, especialmente a manutenção da ordem pública.

O processo de reconhecimento e homologação da sentença arbitral não envolverá a análise do mérito da sentença, mas sim do atendimento a requisitos formais de existência e validade para pôr fim à arbitragem, à luz da legislação do país onde se busca essa validação. Estes elementos envolvem questões como a autenticidade e idioma de documentos, a competência do árbitro para julgar a questão, o respeito à ordem pública do país, dentre outros⁵⁴.

O sucesso da Convenção de Nova Iorque fez com que diversos grupos fossem formados para seu estudo. Atualmente, o foco desses trabalhos está na uniformização da interpretação e aplicação do texto da Convenção. Resultando destes estudos, a *International Council for Commercial Arbitration* publicou, em 2011, o *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges*⁵⁵, contendo esclarecimentos e interpretações de cada artigo da Convenção. Também a UNCITRAL está em processo de elaboração de um guia para a Convenção de Nova Iorque, com a colaboração dos professores George Bermann e Emmanuel Gaillard, cujo lançamento está previsto para o ano de 2014.

⁵³ Estes casos encontram-se arrolados no Artigo V, item (2), da Convenção de Nova Iorque, de 1958.

⁵⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 285.

⁵⁵ A versão *on-line* deste guia poderá ser obtido: INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **ICCA'S guide to the interpretation of the 1958 New York Convention**: a handbook for judges. The Hague, 2011. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/publications/NYC_Guide.html>. Acesso em: 14 abr. 2012.

2.5.1 O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927

Precusores da Convenção de Nova Iorque, de 1958, o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923⁵⁶ e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927⁵⁷ foram dois diplomas internacionais que buscaram uniformizar o tratamento do reconhecimento dos acordos de arbitragem e da sentença arbitral em nível internacional.

O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, de 1923, buscou harmonizar o reconhecimento da validade e eficácia do pacto de arbitragem firmado entre partes sujeitas a jurisdições diferentes, dando um importante passo para a consolidação da arbitragem em nível internacional. Com base nele, passavam os Estados a considerar plenamente válido o acordo de arbitragem celebrado entre pessoas de diferentes países.

Além disso, disciplinava este Protocolo que os Estados signatários reconheceriam a executoriedade da sentença arbitral proferida em seu território.

Sua adesão foi um tanto tímida, tendo 38 países o ratificado até a introdução da Convenção de Nova Iorque. Contudo, foi um importante passo no processo de consolidação da arbitragem em nível internacional.

Complementando o Protocolo, em 1927 foi apresentada a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que tratou da possibilidade de reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras por seus países signatários. De acordo com ela, os estados signatários reconheceriam como válidas, eficazes e passíveis de execução forçada as sentenças arbitrais proferidas em países também signatários desta Convenção.

Foi outro importante passo necessários à consolidação da arbitragem em nível internacional. Contudo, esta Convenção apresenta um trabalhoso requisito para que uma sentença arbitral estrangeira seja reconhecida e executada, exigindo:

Que a sentença tenha se tornado final no país em que tenha sido feita, no sentido de que ela não será considerada tanto se estiver sujeita a impugnação, apelação ou *pourvoi en cassation* (nos países em que existir este procedimento) ou se for provado

⁵⁶ LEAGUE OF NATIONS. **Protocol on Arbitration Clauses**. Wien, 1923. Disponível em: <treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=543&chapter=30&lang=en#top>. Acesso em: 22 set. 2013.

⁵⁷ Id. **Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards**. Wien, 1927. Disponível em: <treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en>. Acesso em: 22 set. 2012.

que qualquer procedimento com o propósito de contestar a validade da sentença esteja pendente.⁵⁸

Frente a esta condição, por motivos de segurança, os países signatário passaram a exigir que a sentença arbitral estrangeira tenha previamente passado por um processo de homologação no seu país de origem, confirmando que ela é final e definitiva, antes de procederem ao seu reconhecimento e execução, procedimento este conhecido por *double exequatur*, que acabava impondo maiores obstáculos à parte que buscasse a execução de uma sentença arbitral estrangeira.

A Convenção de Genebra teve uma menor adesão se comparado ao Protocolo de Genebra, tendo, até a apresentação da Convenção de Nova Iorque, de 1958, apenas 33 países a ela aderido. Contudo, isso não exclui sua contribuição para a consolidação da arbitragem em nível internacional.

A Convenção de Nova Iorque, de 1958, em seu artigo VII, item (2), taxativamente prevê que, nos países que a ela aderirem, o Protocolo de Genebra, de 1923, e a Convenção de Genebra, de 1927, deixarão de surtir efeitos, o que resultou praticamente na ineficácia destes dois diplomas atualmente.

2.5.2 Inovações da Convenção de Nova Iorque

Várias inovações são creditadas à Convenção de Nova Iorque, de 1958, que tornaram o mecanismo de reconhecimento e homologação das sentenças arbitrais estrangeiras menos burocratizado e mais célere.

A talvez principal novidade trazida foi a eliminação do sistema do *double exequatur*, facilitando sobremaneira o processo de homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

O processo de requerimento da homologação e execução da sentença arbitral estrangeira também foi facilitado pela Convenção. Antes, conforme o mecanismo previsto na Convenção de Genebra, de 1927, deveria a parte, ao fazer tal pedido, apresentar, além da sentença arbitral original, prova documental de que ela já havia se tornado definitiva, além de outros documentos comprovando que a sentença arbitral atendia a todos os requisitos impostos para seu reconhecimento e execução por autoridade estrangeira. Agora, basta a parte apresentar

⁵⁸ Tradução nossa do artigo 1, item (d), da Convenção. O original, em inglês, prevê que: “*That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to opposition, appel or pourvoi en cassation (in the countries where such forms of procedure exist) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending.*”

a sentença e o pacto de arbitragem para requerer sua homologação, sendo o ônus probatório do não atendimento aos requisitos impostos ao reconhecimento e execução da sentença arbitral distribuído à parte que porventura pretender impugnar tal pedido.

Outra mudança importante foi que a Convenção, de certa maneira, reduziu em parte a importância do Poder Judiciário do país onde for sediada a arbitragem, mediante o desvio do foco, então existente, do procedimento arbitral para a sentença arbitral. Ao eliminar qualquer necessidade de intervenção do Estado onde fosse proferida a sentença arbitral para permitir sua execução, reservando a este apenas a possibilidade de anulá-la quando requerido por uma das partes, a Convenção de Nova Iorque fortaleceu a sentença arbitral, a reconhecendo como, por si só, dotada de força jurídica capaz de permitir sua execução forçada.

Também credita-se à Convenção de Nova Iorque, de 1958, a redução do número de situações que ensejariam o não reconhecimento da sentença arbitral estrangeira.

A Convenção de Genebra, de 1927, listava requisitos bastante amplos e, em alguns casos, imprecisos⁵⁹, para o pedido de homologação. Superando este entendimento, a Convenção de Nova Iorque apresenta um rol taxativo de situações que ensejariam a negativa de homologação, listados em seu artigo V, trazendo mais certeza e segurança a estas condicionantes.

Essas mudanças refletem os objetivos da comissão responsável pela elaboração do texto da Convenção de Nova Iorque, considerando o momento histórico então observado, colaborando para a consolidação do uso deste mecanismo nos litígios comerciais internacionais.

2.5.2.1 Promulgação da Convenção de Nova Iorque

Os trabalhos que resultaram na Convenção de Nova Iorque têm origem em 1953, a partir de uma proposta apresentada pela Câmara de Comércio Internacional, assumida pelo Conselho Econômico e Social da ONU. Naquela época vigiam o Protocolo e Convenção de Viena de 1923 e 1927, que tratavam de arbitragens internacionais, porém já havia o entendimento de que ela não mais atendiam às exigências do comércio internacional e, portanto, precisariam ser renovadas.

As principais queixas contra estes Diplomas de Viena diziam respeito à sua restrita aplicação, considerando que eram válidas somente se ambas as partes envolvidas numa arbitragem internacional fossem oriundas de países signatários desses tratados e se a sentença

⁵⁹ Por exemplo, o artigo 1, item (e), desta Convenção define que a homologação pode ser recusada caso a sentença arbitral atente contra os princípios do direito do país onde se busca seu reconhecimento.

arbitral fosse proferida em um país signatário. Também era questionada a falta de praticidade que o procedimento do *double exequatur* trazia.

Especialmente após a 1ª Guerra Mundial, a arbitragem teve seu uso ampliado, o que gerou novas reivindicações e necessidades, especialmente entre aqueles envolvidos em relações internacionais. A década de 1950 presenciou diversos debates nesse assunto, tendo sido inclusive formulada a minuta de uma Lei Uniforme para Arbitragem no Respeito a Relações Internacionais de Direito Privado preparado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado em Roma.

Assim, a proposta apresentada pela Câmara de Comércio Internacional em 1953 foi rapidamente absorvida, tendo em 28 de março de 1955 sido realizada uma reunião do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ECOSOC) para já discutir a minuta do que posteriormente viria a se tornar a Convenção de Nova Iorque, de 1958. Naquela reunião foram feitas diversas intervenções ao texto original, sendo interessante mencionar que dentre as mudanças estava que seu objeto, inicialmente as sentenças arbitrais internacionais, foi substituído por sentenças arbitrais estrangeiras, visto que o termo sentença arbitral internacional, àquela época, era normalmente referido no caso de arbitragens entre Estados. Isso ilustra a preocupação daquela comissão em manter o caráter estritamente privado da convenção.

Porém o texto final desta minuta manteve-se muito similar ao das Convenções de Viena, não propondo enormes avanços, e foi enviado a organizações governamentais e não governamentais para comentários.

Recebidos estes comentários, a ECOSOC organizou uma Conferência sobre Arbitragens Comerciais Internacionais na sede da ONU, em Nova Iorque, entre os dias 20 de maio e 10 de junho de 1958⁶⁰, onde foram debatidas as sugestões recebidas e gerada uma versão do texto da comissão com estas revisões.

Essa nova versão sofreu alterações resultando em um novo texto que ficou conhecido como a *Dutch proposal*. Foi retirada a exigência do *double exequatur*, até então presente, restringiram-se as possibilidades de negativa da homologação da sentença arbitral estrangeira a sete situações taxativas e alterou-se o ônus da prova nos casos de impugnação ao

⁶⁰ VAN DER BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Haia: Kluwer, 1981. p. 8.

reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, que passou a ser da parte que opusesse a impugnação⁶¹.

Finalmente, em 10 de junho de 1958, foi aprovada e apresentada a versão final da Convenção sobre o Reconhecimento e a Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, na cidade de Nova Iorque, o mais importante Tratado Internacional versando sobre a arbitragem na atualidade.

2.5.3 Dificuldades envolvendo as interpretações das normas da Convenção de Nova Iorque

A problemática atualmente enfrentada na aplicação das norma da Convenção de Nova Iorque, de 1958, diz respeito às interpretações dadas às suas normas, no tocante a situações que legitimam a recusa do reconhecimento e os requisitos para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.

Buscando atenuar este problema, foi construído um certo consenso doutrinário mundial no sentido de que as condições que legitimam o não reconhecimento de uma sentença arbitral devem ser interpretadas restritivamente⁶², sob risco de prejudicar demasiadamente o instituto da arbitragem e trazer um cenário de insegurança àqueles que se valem dela.

Contudo, diversas decisões de cortes nacionais têm dado interpretações que fogem a esse consenso ou que partem de premissas não tão condizentes com o verdadeiro intuito das normas listadas na Convenção de Nova Iorque, de 1958.

Buscando amenizar essas discrepâncias, a *International Council for Commercial Arbitration* elaborou um guia para a interpretação da Convenção de Nova Iorque, publicado em 2011⁶³, voltado principalmente para juízes. Nela são debatidos, de forma sintética e objetiva, cada artigo da Convenção, explicitando seu verdadeiro sentido e limites.

Nesta mesma linha, a UNCITRAL também está em fase de elaboração de seu guia para a Convenção de Nova Iorque, de 1958, sob a assessoria dos professores George Bermann e Emmanuel Gaillard. A previsão é que este guia seja publicado no ano de 2014.

⁶¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **ICCA'S guide to the interpretation of the 1958 New York Convention**: a handbook for judges. The Hague, 2011. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/publications/NYC_Guide.html>. Acesso em: 14 abr. 2012. p. V.

⁶² Esse é o entendimento dado, por exemplo, por Albert Jan van der Berg, que expressa: “*As far as the grounds for refusal for enforcement of the Award as enumerated in article V are concerned, it means that they have to be construed narrowly.*” (VAN DER BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**: towards a uniform judicial interpretation. 2. ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1994. p. 267-268).

⁶³ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. op. cit.

Isso ilustra como o texto da Convenção mantém sua contemporaneidade inquestionável, sendo o atual problema por ela enfrentado os limites e sentidos dados às suas normas.

CAPÍTULO 3 RECONHECIMENTO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ANULADAS EM SEU PAÍS DE ORIGEM: JUSTIFICATIVAS E POLÊMICAS

3.1 O Artigo V.1.(e) da Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras

O artigo V da Convenção de Nova Iorque elenca as possibilidades de recusa da homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

De início, insta esclarecer que essa negativa não poderá ser decretada de ofício, devendo ser requerida pela parte contra quem se busca a execução da sentença arbitral, exceção feita aos casos em que a sentença arbitral violar uma norma de ordem pública ou de aplicação imediata do país onde se busca sua homologação. Nesses casos, dado a natureza destas espécies normativas, é aceita a recusa do reconhecimento, de ofício, pela autoridade competente.

As hipóteses arroladas no artigo V da Convenção são exaustivas e deverão ser interpretadas restritivamente, evitando uma ampliação dos alcances previstos no rol estabelecido naquele tratado, considerando que a intenção dos redatores da Convenção de Nova Iorque foi justamente restringir as hipóteses de não execução da sentença arbitral, objetivando a primazia desta ferramenta¹.

Dentre as possibilidades de recusa do reconhecimento encontra-se aquela trazida no item 1.(e) do artigo V da Convenção de Nova Iorque, que cuida dos casos onde a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

A presente pesquisa focará nas hipóteses de anulação da sentença arbitral. Contudo, a título de breve esclarecimento sobre as demais hipóteses trazidas neste item, resta aclarar que, por não vinculante, tem-se a sentença arbitral que, em decorrência de motivos formais ou materiais, ainda não reveste de caráter obrigatório.

Hamid G. Gharavi apresenta uma discussão acerca da definição de sentença arbitral vinculante nos moldes da Convenção de Nova Iorque, indicando a existência de uma falta de precisão neste termo². Conforme o acadêmico, o termo vinculante (em inglês *binding*) é utilizado sem uma referência, não permitindo estabelecer se a pretensão da Convenção de Nova

¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **ICCA'S guide to the interpretation of the 1958 New York Convention**: a handbook for judges. The Hague, 2011. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/publications/NYC_Guide.html>. Acesso em: 14 abr. 2012. p. 80.

² GHARAVI, Hamid G. **The international effectiveness of the annulment of an arbitral award**. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 59.

Iorque seria a de estabelecer que uma sentença arbitral se torna vinculante no momento em que não permite mais qualquer recurso contra aquela decisão ou, por outro lado, se esta característica existiria apenas quando a sentença arbitral for reconhecida como final, válida e eficaz de acordo com as leis do seu país de origem.

Nessa análise, ter-se-á a polêmica que, por um sentido, é permitido reconhecer a sentença arbitral como vinculante somente quando tida como válida e eficaz pela lei seu país de origem (o que retrocederia ao sistema do *double exequatur*), enquanto, pelo outro sentido, poderia a sentença arbitral ser executada, por ser final e irrecorrível, mas futuramente vir a ser objeto de uma ação de anulação, perdendo sua força vinculante, (causando enorme insegurança).

Sobre esta questão, Albert Jan Van der Berg aponta que a pretensão da Convenção de Nova Iorque é a de buscar uma independência das legislações nacionais, traçando um perfil autônomo para as normas esculpidas naquele tratado³. Dessa forma, o momento em que a sentença arbitral torna-se vinculante deveria ser considerado independentemente das leis que a regem, passando a ser assim tratada a sentença arbitral que for validamente proferida.

A manutenção da exigência de sua força vinculante dependente da legislação aplicável à sentença arbitral manteria o sistema do *double exequatur*, o que buscou ser eliminado⁴. Além disso, a possibilidade de um recurso contra a sentença arbitral está condicionada às partes optarem por permitir esse grau de revisão, não sendo uma regra geral da arbitragem, já que incomum é que as legislações nacionais prevejam recursos contra a sentença arbitral.

Assim, parece mais acertada a interpretação no sentido de que a sentença arbitral torna-se vinculante uma vez validamente proferida. Tanto assim que a Convenção de Nova Iorque estabelece que a parte que buscar anular a sentença arbitral ou requerer o reconhecimento da ausência de sua força vinculante carrega todo o ônus da prova de sua pretensão. Não havendo incidentes neste sentido, ter-se-á a sentença arbitral como válida, eficaz e vinculante.

Já suspensão da sentença arbitral ocorre quando, por algum motivo, houver a determinação, por uma autoridade competente, da cessação dos efeitos de uma sentença arbitral, como, por exemplo, a concessão de uma medida cautelar vinculada a uma ação anulatória de

³ VAN DER BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Haia: Kluwer, 1981. p. 337 - 359.

⁴ Ibid., p. 341-342. “*The use of the specific term ‘binding’ in the Convention indicates that it is to be conceived independent of the law governing the award in so far as the elimination of the ‘double exequatur’ is concerned. If this is accepted, could the autonomous interpretation then not be extended to all questions regarding the binding force of an award, and, in particular, the question of at which moment the award becomes binding, for the purposes of Article V(1) (e)? The text of Article V(1) (e) conspicuously does not link the term ‘binding’ with the law applicable to the award, as it does, on the other hand, in the second part of this provision in respect of the setting aside and suspension of the award.*”

sentença arbitral, determinando que esta não surta efeitos até o julgamento da ação principal. Nessa hipótese, os efeitos da sentença estarão suspensos, inobstante ela exista e, a priori, seja válida.

A anulação da sentença arbitral decorrerá de decisão proferida por uma autoridade competente, reconhecendo que a sentença arbitral, conforme as leis a ela aplicável, carece de condições de existência, eficácia e validade.

Faz mister esclarecer que o processo de anulação da sentença arbitral não pode ser visto como uma forma de recurso contra a decisão arbitral. Conforme apontado no Capítulo anterior, o processo de anulação não fará qualquer juízo de valor ou análise do mérito da sentença arbitral, restringindo-se puramente à análise das normas de validade da mesma⁵.

O rol de situações que ensejam a anulação da sentença arbitral tendem a ser taxativos, em vista da preocupação por manter a primazia da arbitragem. Além disso, os procedimentos para o requerimento da anulação da sentença arbitral tendem a ser mais exigentes aos que buscam o reconhecimento e execução da sentença arbitral. Dessa forma, gera-se uma maior segurança a este instituto, tornando seu uso mais atrativo.

Inobstante, anulada a sentença arbitral no país onde a mesma foi proferida, ou de cujo a lei lhe era aplicada, não caberá a sua homologação e reconhecimento pela autoridade competente de outro país signatário da Convenção de Nova Iorque.

3.1.1 Critérios para a anulação de uma sentença arbitral

A sentença arbitral está sujeita à anulação conforme as leis a ela aplicáveis, que condicionam sua validade e eficácia. Dessa forma, as situações ensejadoras da nulidade da sentença arbitral estão previstas na lei que a reger.

As Lei Modelo da UNCITRAL apresenta um rol de referências gerais para a determinação da nulidade da sentença arbitral, trazidas em seu artigo 34, que foram adotados em diversos textos normativos sobre a arbitragem, dentre eles a Lei 9.307, de 1996⁶, que regula a arbitragem no Brasil.

⁵ Tanto que Larissa Ramino aponta que: “A anulação constitui um recurso extraordinário, que não permite a revisão do mérito de uma sentença arbitral, mas limita-se à proteção das partes contra injustiça processual e não integridade do processo arbitral.” (RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 134)

⁶ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 out. 2010.

Interessante notar que, pela sistemática da Lei Modelo da UNCITRAL, exceto em situações onde normas de ordem pública ou de aplicação imediata são violadas, as razões que ensejam o pedido de anulação da sentença arbitral estão sujeitas a comprovação pela parte que pleitear tal pedido. Essa alteração do ônus probatório, que por tempos recaía sobre a parte que buscasse o reconhecimento de validade da sentença arbitral para executá-la (que precisava comprovar o total atendimento às regras de validade e eficácia da sentença arbitral e da própria arbitragem) consolida a arbitragem como mecanismo estável e eficaz. Ou seja, presume-se a validade da sentença arbitral, exceto prova em contrário.

Assim, considerando a sua referência para os demais ordenamentos jurídicos nacionais, toma-se por referência a Lei Modelo da UNCITRAL para analisar as situações que ensejam o pedido de anulação de uma sentença arbitral, estabelecidos em seu artigo 34.

3.1.1.1 Uma parte da convenção de arbitragem era incapaz

No Capítulo 1 deste estudo foi discutida a questão da capacidade da pessoa contratante em um contrato internacional, que, no plano internacional, encontra-se sujeita a diversas variáveis no tocante à sua nacionalidade e local onde é domiciliada, ou onde for constituída e estabelecer sua sede (no caso de pessoas jurídicas).

Considerando que a convenção de arbitragem é um negócio processual, as partes contratantes deverão revestir-se de plena capacidade para contrair tal obrigação. Ademais, é necessário que as partes tenham aptidão para dispor dos bens e direitos que serão levados à arbitragem, do contrário, não poderá tal procedimento ser instaurado⁷.

Essa análise passa pelo mérito das normas que regem tanto o funcionamento da arbitragem como as partes envolvidas, o que gera diversos desdobramentos. Assim, é importante considerar este ponto antes da celebração de um pacto de arbitragem, sob risco de posteriormente esta vir a ser reconhecida como nula.

⁷ Tanto que Carlos Alberto Carmona aponta que: “Considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como os incapazes (ainda que representados ou assistidos).” (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37).

3.1.1.2 A convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do Estado que a rege

Considerando a autonomia da cláusula compromissória do contrato onde encontra-se inserida, ou do compromisso arbitral do negócio a que se vincula, a convenção de arbitragem passa também por um crivo de validade e eficácia, de acordo com o ordenamento que a regula.

Embora seja uma situação rara, deve-se considerar que a lei que rege a convenção de arbitragem não necessariamente é a lei que governa o contrato a que ela encontra-se atrelado, conforme já apontado. Assim, quando da análise da sua validade, é importante ter em mente essa separação, quando existir.

Questão polêmica ocorrerá no caso de as partes deixarem de indicar qual a lei que governará a convenção de arbitragem e do contrato onde encontra-se inserida. Havendo esta lacuna, estarão as partes sujeitas às regras de direito internacional privado para a determinação da lei aplicável, que não raramente poderão entrar em conflito, conforme explanado no Capítulo 1 deste estudo.

Desta maneira, o ideal é que as partes indiquem a lei aplicável à convenção de arbitragem, cuidando para que ela seja plenamente válida.

3.1.1.3 Uma das partes envolvidas na arbitragem não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão

Estes casos remetem ao princípio do devido processo legal, primando pela manutenção da igualdade de condições entre as partes conflitantes, sem que haja qualquer privilégio a qualquer delas. Trata-se da preocupação pela existência de um equilíbrio entre as partes envolvidas na arbitragem, que devem ter ciência de todas as etapas do procedimento, bem como exercer suas manifestações sempre que lhes for exigido ou cabível.

As Câmaras Arbitrais possuem procedimentos rigorosos no tocante à nomeação dos árbitros e ao envio de notificações entre as partes, demonstrando sua preocupação para com este equilíbrio.

Importante destacar que caso a convenção de arbitragem estabeleça regras que gerem este desequilíbrio, será causa de anulação da sentença arbitral a existência de tais regras, além de motivar o questionamento da validade do pacto de arbitragem.

O árbitro que decidir apenas com base na manifestação de uma das partes também sujeitará a sentença arbitral à anulação, por desrespeito a esta regra. Mesmo se as partes autorizarem o julgador a decidir por equidade, deverá este sempre zelar pela oitiva de todos os litigantes, sem o qual poderá aquele que for lesado pleitear a anulação da sentença arbitral.

Por fim, é mister destacar que a ausência de manifestação por uma das partes em decorrência da inobservância de prazos acordados, contanto que seja demonstrado que esta tinha ciência deste lapso temporal para manifestar-se, não poderá servir de argumento para pleitear a anulação da sentença arbitral, eis que tal postura negligente da parte litigante não poderá contaminar o procedimento todo.

3.1.1.4 A sentença arbitral tratar de questão não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contiver decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção

A convenção de arbitragem estabelece os limites do litígio trazido à apreciação dos árbitros, que serão previstos, no caso de cláusula compromissória, ou definidos, no caso do compromisso arbitral.

Dessa forma, o poder a que se encontra investido o árbitro limita-se à apreciação daquela controvérsia acordada na convenção de arbitragem. Qualquer decisão que ultrapasse este limite estabelecido estará sendo proferida fora do horizonte de competência jurisdicional do Tribunal Arbitral, eivando de nulidade esta decisão, legitimando o pedido de anulação da sentença arbitral que apresentar tal problema.

Contudo, podendo a sentença ser fragmentada, sem prejudicar seu teor, separando-se a parcela da decisão cujo objeto não encontrava-se previsto na convenção de arbitragem daquela que deveria ser decidida, prevalecerá a decisão referente à controvérsia que deveria ser levada à arbitragem, desconsiderando a parte da sentença que ultrapassou este objeto. Trata-se de questão de economia, evitando a necessidade de novamente convocar o Tribunal Arbitral para dar nova decisão, bem como de aproveitamento da decisão proferida, eis que lá encontra-se a convicção dos árbitros.

3.1.1.5 A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não forem conformes ao acordo entre as partes

Esta questão está mais atrelada ao descumprimento do acordo entre as partes (redigido na convenção de arbitragem) do que a normas ou princípios arbitrais.

Caso o Tribunal Arbitral não seja constituído conforme as regras estabelecidas para tanto, estará irregular, não podendo afirmar-se sua competência para decidir a controvérsia entre as partes. Dessa forma, a decisão por ele emanada poderá ser objeto de anulação.

Contudo, caso a forma definida na convenção de arbitragem para a constituição do Tribunal Arbitral contrarie uma disposição da lei aplicável à arbitragem, inderrogável pelas partes, poderão estas, em conjunto, acordar outra forma de constituir o Tribunal Arbitral. Porém, não poderá este novo procedimento ser decidido unilateralmente por uma das partes envolvidas no litígio, devendo ser acordado conjuntamente, buscando a manutenção do equilíbrio entre as partes na arbitragem.

3.1.1.6 O objeto da disputa não for susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei aplicável à arbitragem

Em geral somente matérias patrimoniais são admitidas para discussão em arbitragens⁸. Isso decorre da necessidade da plena disponibilidade, pelas partes, dos direitos e objetos envolvidos no litígio, eis que não podem ser levados à apreciação de uma jurisdição privada bens ou direitos indisponíveis às partes.

É necessário que numa arbitragem possam as partes transigir sobre as matérias discutidas, sem qualquer restrição legal que impeça-as de proceder à disposição de tais bens. Do contrário, estará o Tribunal Arbitral impossibilitado de proferir uma decisão sobre este objeto, uma vez que a jurisdição que lhe foi conferida não alcançará determinado bem ou direito que encontra-se legalmente restrito a tal apreciação.

Poderá a autoridade competente reconhecer de imediato quando a arbitragem tratar de matéria não arbitrável, uma vez que trata-se de restrição legalmente imposta, não susceptível de renúncia pelas partes envolvidas numa arbitragem.

Sobre esta arbitrabilidade, a Lei Modelo da UNCITRAL restringiu a possibilidade de seu reconhecimento de ofício pela autoridade competente a um caráter objetivo, qual seja, o da matéria levada à apreciação pelo Tribunal Arbitral poder sujeitar-se àquela jurisdição, e a um caráter subjetivo, que remete à capacidade de uma pessoa ser parte numa arbitragem. No texto da Lei Modelo, esta ausência de capacidade terá de ser apontada pela parte que buscar a anulação da sentença arbitral, contudo, podem os ordenamentos nacionais dos Estados facultar à autoridade competente reconhecer, de ofício, essa causa de anulação da sentença arbitral.

⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 108.

3.1.1.7 *A sentença arbitral contrariar uma norma de ordem pública*

Inicialmente, remonta-se à questão suscitada no Capítulo 1 deste estudo, no tocante à definição de ordem pública, bem como à identificação das normas que se revestem desta natureza. Trata-se de discussão bastante abstrata, sujeita a alteração de entendimento conforme a época e sociedade considerada, como bem aponta Carlos Alberto Carmona:

Os ordenamentos jurídicos escolhem métodos diferentes de reportar-se à ordem pública, uns mais explícitos, outros menos evidentes. Todos, de qualquer forma, têm a mesma preocupação de evitar que entre em circulação qualquer laudo que ofenda princípios importantes para a organização da vida em sociedade (princípios que, desnecessário dizer, variam no tempo e no espaço e dependem de escolhas políticas e sociais mutantes e variáveis, o que desde logo já mostra a dificuldade de definir o que seja, afinal de contas, ordem pública).⁹

Feita tal introdução, deve-se pontuar que a Lei Modelo da UNCITRAL autorizou a autoridade competente a reconhecer, de ofício, a situação onde a sentença arbitral contraria norma de ordem pública do país onde vir a surtir efeitos.

Considerando a natureza das normas de ordem pública, esta regra trazida na Lei Modelo apenas explicita prática que é esperada pela autoridade que vir a analisar a sentença arbitral, que não poderá permitir efeitos que atentem contra a ordem pública do país. Trata-se de questão de segurança e estabilidade jurídica que não pode ser superada.

A dificuldade na definição, e identificação, das normas de ordem pública gera certa discricionariedade à pessoa que vir a analisar pontualmente cada caso. Contudo, há uma tendência de convergência de entendimentos para os valores e pilares fundamentais da sociedade e do ordenamento jurídico que compõe um país. Tal convergência deverá orientar o árbitro no tocante à formulação de sua decisão, que não poderá violar estas estruturas, sob pena de anulação de sua decisão. A sensibilidade do árbitro a estas questões será de sumária importância para evitar qualquer violação neste sentido.

Contudo, não apenas da sentença arbitral poderá decorrer a violação a normas de ordem pública. A própria convenção de arbitragem pode apresentar regras violadoras a normas de ordem pública, como, por exemplo, se privar a plena observância do princípio do contraditório, adotado em diversos ordenamentos nacionais. Neste caso, a própria arbitragem nascerá desrespeitando preceitos de ordem pública, que afetarão a sentença arbitral.

⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 415.

Dessa forma, é necessária atenção a estes parâmetros, considerando especialmente a sua mutabilidade, evitando a ocorrência de violações a normas de ordem pública que possibilitem a anulação da sentença arbitral.

3.1.1.8 Outras situações ensejadoras do pleito anulatório

Além das situações arroladas na Lei Modelo da UNCITRAL, existem outras reconhecidas pela doutrina e por ordenamentos nacionais que servem de embasamento para o pedido de anulação de uma sentença arbitral.

Uma delas diz respeito à ocorrência de fraude à lei, quando há a manipulação de regras de conflito de leis para escapar da lei aplicável a determinada controvérsia. Em se verificando tal hipótese, a sentença proferida estará irregular, ensejando o reconhecimento de sua nulidade.

Poderá também embasar tal pedido a demonstração de litispendência com relação à matéria levada à arbitragem. Caso uma parte demonstre que o objeto da sentença arbitral encontra-se pendente de julgamento por outra autoridade ou Tribunal Arbitral competente, em procedimento iniciado anteriormente àquele em que foi proferida a sentença arbitral que se busca anular, não poderá esta surtir efeitos, devendo ser anulada.

Algumas questões formais poderão ensejar a anulação da sentença arbitral. Por exemplo, a ausência de fundamentação da decisão poderá ensejar o pedido anulatório da sentença arbitral junto às autoridades brasileiras. Contudo, há países onde a fundamentação não é obrigatório, como na Suíça, sendo, portanto uma questão pontual de cada ordenamento.

Será necessário analisar o ordenamento de cada país para melhor traçar as situações que embasam o pedido anulatório, devendo as partes atentar para estes quesitos, evitando complicações futuras com a anulação de uma sentença arbitral.

3.1.2 Local e momento para requerer a anulação da sentença arbitral

Questão um tanto problemática diz respeito ao local onde se deve requerer a anulação da sentença arbitral, considerando as variáveis normativas que podem ensejar situações onde concorra mais de um país competente para tanto.

A priori, será o país onde for sediada a arbitragem o competente para se buscar a medida anulatória. Contudo, não necessariamente tal regra imperará, uma vez que existem outros elementos de conexão que poderão afetar a determinação desta competência.

Exemplo disso é o Brasil, que considera nacional a sentença proferida em solo brasileiro. Assim, independentemente de a arbitragem estar sediada em outro local, caso a sentença arbitral seja proferida no Brasil, será competente a autoridade brasileira para conhecer o pedido de anulação da sentença arbitral. Outro exemplo é a Alemanha, cuja lei reconhece como alemã a arbitragem que prever a aplicação da lei alemã, sujeitando a seus tribunais o julgamento pleito anulatório de sentenças arbitrais proferidas com base naquela legislação.

Alan Redfern e Martin Hunter observam exceção de cunho mais teórico que prático, onde indicam a possibilidade de as partes, na convenção de arbitragem, excluírem determinado país como competente para apreciar a medida anulatória¹⁰. Contudo, trata-se de medida pouco prática, raramente vista.

Esta questão da competência deverá ser analisada pontualmente, e estará sujeita a algumas polêmicas. Contudo é imprescindível sua determinação, uma vez que a definição da autoridade nacional competente para apreciar o pedido de anulação da sentença arbitral possibilitará estimar o seu procedimento, prazo para ingressar com este pedido, bem como os fundamentos que irão embasá-lo.

Inobstante a Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 34, estabeleça como referência um prazo de até três meses após a parte receber uma via da sentença arbitral para que esta requeira sua anulação, poderão os ordenamentos nacionais estabelecer prazos mais exíguos para este pedido, devendo as partes atentar para este detalhe.

O Brasil, por exemplo, adotou prazo semelhante à da Lei Modelo, estabelecendo que o pedido de anulação da sentença arbitral deverá ser feito em até 90 dias da data do recebimento da notificação de seu teor. Já a Inglaterra prevê um prazo de 28 dias para tal solicitação, demandando maior agilidade das partes numa arbitragem.

Dessa forma, será necessário definir o tribunal nacional ou autoridade competente para requerer a medida anulatória da sentença arbitral a fim de identificar a quem deve ser endereçada tal medida, evitando a perda de prazo e gastos com procedimentos perante autoridades incompetentes.

¹⁰ “There is one notable exception to this general rule, although it is probably more theoretical than real. The freedom of the parties to an international arbitration to decide how it should be conducted is generally taken to include freedom to subject the arbitration to procedural law of a country other than that in which the arbitration is held. It seems to be both unnecessary and unhelpful for parties to use their freedom in this way. Nevertheless, the existence of such freedom is accepted, even by commentators who do not accept the concept of delocalized arbitration. Indeed, the New York Convention itself acknowledges that recognition and enforcement of an award may be refused on the basis that the award has been ‘set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made.’ (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 4th. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 428).

3.2 Limites à intervenção do Estado nas sentenças arbitrais

O Estado será chamado a intervir nas sentenças arbitrais em procedimentos anulatórios ou executivos, instaurados pelas partes envolvidas numa arbitragem. Nesses momentos, como aponta Luiz Olavo Baptista:

O controle pelo Estado das sentenças arbitrais pode ocorrer para várias finalidades. Uma para o controle da validade da sentença, isto é, saber se preenche os requisitos legais, e se não tem vícios que a tornem nula ou anulável (I). A outra finalidade do controle, aplicável no caso de sentenças estrangeiras, é a homologação em processo chamado de *exequatur* (II).¹¹

Não poderá a autoridade julgadora estatal proceder à nova análise da demanda levada à arbitragem, visto que em assim agindo estará exercendo um segundo grau de jurisdição que, salvo se acordado pelas partes, não poderá existir em demandas arbitrais. Dessa forma, qualquer decisão proferida por um tribunal estatal ou autoridade competente com relação a uma sentença arbitral somente poderá versar sobre questões formais, extrínsecas ao objeto da arbitragem, e/ou à sua legalidade e existência válida, reconhecida pelo ordenamento jurídico a ela aplicável.

Outrossim, a decisão proferida por uma corte nacional somente poderá tratar do reconhecimento, homologação e execução de uma sentença arbitral, ou de sua anulação, sob pena de exercício irregular do duplo grau de jurisdição.

O embasamento legal que poderá sustentar a decisão desta autoridade competente é a lei aplicável à sentença arbitral, determinada conforme escolha das partes ou por meio de aplicação das regras de conflito de leis. Também poderão incidir as leis locais da sede da corte nacional, caso não forem estas as aplicáveis à sentença arbitral, quando se tratarem de normas de ordem pública ou de aplicação imediata. Porém, neste caso em juízo de exceção, eis que deverá prevalecer o disposto na convenção de arbitragem, também no tocante à legislação aplicável à sentença arbitral.

Dessa forma, a análise do tribunal nacional ou autoridade competente no que diz respeito à validade e regularidade da sentença arbitral passará pelo exame de 3 elementos: a convenção de arbitragem, o procedimento arbitral e os requisitos da sentença arbitral.

3.2.1 A convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem deverá ser completa e válida, celebrada por meio de documento ou outra forma de eficácia reconhecida, entre as partes contratantes, que deverão

¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 275.

estar em pleno gozo da capacidade jurídica para firmarem tal acordo. Além disso, o objeto da arbitragem deverá ser lícito e arbitrável conforme a lei a ela aplicável.

Deverá a autoridade julgadora estatal analisar se estes requisitos foram atendidos, concedendo ou não o reconhecimento da sentença arbitral, conforme forem verificados.

3.2.2 O procedimento arbitral

O procedimento arbitral deverá seguir o rito estabelecido pelas partes contratantes quando da celebração da convenção de arbitragem, sendo que tais regras não poderão gerar qualquer desigualdade entre os litigantes, nem suprimir quaisquer direitos de resposta ou oitiva dos envolvidos. É imperioso o respeito a princípios como o do contraditório, bem como o da imparcialidade e boa-fé dos árbitros.

Os prazos acordados para cada fase da arbitragem deverão ser observados e cumpridos, sendo quaisquer prorrogações sujeitas à concordância da outra parte, do Tribunal Arbitral ou do administrador da arbitragem, conforme o caso.

Será anulável a sentença arbitral proferida em uma arbitragem cujo procedimento foi descumprido, gerando prejuízos a qualquer dos litigantes, bem como viciando todo o procedimento arbitral, como no caso da composição do Tribunal Arbitral de forma não condizente às regras estabelecidas.

3.2.3 Requisitos da sentença arbitral

Conforme apontado no Capítulo 2 deste estudo, os requisitos de validade da sentença arbitral poderão variar conforme o ordenamento adotado para reger o procedimento arbitral e a arbitragem. Contudo, em linhas gerais, algumas determinantes devem ser observadas para a correta estrutura da sentença arbitral, que se não forem cumpridos ensejarão a sua anulação.

A priori, deverá a sentença arbitral decidir estritamente sobre as matérias que compuserem o objeto da arbitragem. Será nula a decisão que extrapolar o objeto, ou que tratar de objeto diferente daquele acordado na convenção de arbitragem.

Além disso, inobstante seja possível a existência de sentenças arbitrais parciais, decidindo parte do litígio submetido à arbitragem, a sentença arbitral final necessariamente deve abarcar todo o objeto da arbitragem.

A sentença arbitral deverá ser proferida por árbitro ou Tribunal Arbitral competente e devidamente convocado para exercer tal função nos termos da convenção de arbitragem. Estes

deverão formar seu juízo de convencimento com base no ordenamento aplicável ao objeto da arbitragem, cabendo o julgamento por equidade apenas nos casos onde as partes expressamente acordarem por essa possibilidade.

Ademais, na maioria dos casos a sentença arbitral deverá ser escrita e fundamentada, com base nos parâmetros estabelecidos na convenção de arbitragem. Em decisões colegiadas, poderão estas ser tomadas por maioria, devendo, contudo, ser observada a unanimidade entre os árbitros nos casos em que as partes assim estabelecerem na convenção de arbitragem.

O julgador estatal ou autoridade competente deverá observar estes parâmetros e outros eventualmente elencados no ordenamento aplicável à arbitragem para o devido reconhecimento da sentença arbitral, podendo anular a decisão que apresentar vício insanável e essas determinações.

3.3 O reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas

Os signatários da Convenção de Nova Iorque, por força do disposto no artigo V, item 1.(e) de seu texto, não poderão homologar e executar sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem.

Contudo, vislumbram-se uma série de decisões homologando sentenças arbitrais anuladas em seus tribunais pátrios, a priori contrariando o disposto na Convenção de Nova Iorque, porém com embasamentos que merecem ser considerados.

Em linhas gerais, estas decisões fundam-se no texto original do Artigo V, item 1, da Convenção, em inglês, que estabelece que as sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem *poderão ter* seu reconhecimento e homologação negados¹². Este mesmo termo também aparece nos textos oficiais da Convenção em Mandarim, Russo e Espanhol.

Além disso, uma corrente doutrinária bastante presente entende que as razões que ocasionariam a anulação de sentenças arbitrais, considerando um contexto internacional, deveriam ser universalmente aceitas, sob o risco de leis locais de diferentes Estados inviabilizarem um progresso geral da arbitragem internacional¹³. Tal embasamento encontra

¹² O texto original, em inglês, estabelece que: “*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: [...].*”

¹³ Jan Paulsson, em artigo publicado no boletim da ICC, apresenta entendimento neste sentido, defendendo que: “*National courts should now be prepared to allow the arbitral process to become truly international, by enforcing awards rendered in other countries on the basis of no other criteria than those which are internationally accepted. To be more specific, I propose that the annulment of an award by the courts in the country where it was rendered should not be a bar to enforcement elsewhere unless the grounds of that annulment were ones that are internationally recognized.*” (PAULSSON, Jan. Enforcing arbitral awards

aplicabilidade, por exemplo, nas situações onde há a incidência da Convenção Europeia para Arbitragens Comerciais Internacionais, de 1961, que taxativamente estabelece, em seu artigo IX, item 1, que a não homologação de sentença arbitrais estrangeiras por países signatários deste tratado somente se daria nas situações onde a causa da anulação da sentença arbitral sejam aquelas estabelecidas na convenção¹⁴. Buscou esta convenção uniformizar estas condicionantes entre seus signatários, estando em linha com esta tese doutrinária.

Com a internacionalização do direito comercial, há uma tendência de uniformização de normas e condutas por parte dos agentes comerciais, que busca encontrar eco em ordenamentos nacionais. Essa concepção restrita de premissas internacionalmente reconhecidas para a anulação de sentenças arbitrais para justificar a não homologação por outras cortes nacionais de certa forma é um reflexo de tal clamor que deve, contudo, ser considerada de forma moderada, vez que a formulação destas bases internacionais inevitavelmente gerará discussões e discordâncias.

Com base nessas premissas, e em outros entendimentos de menor repercussão, foram pesquisadas decisões de tribunais europeus, norte-americanos, japoneses e russos que concederam a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem, mapeando os entendimentos mais corriqueiros a justificar esta prática, que estão abaixo discutidos.

3.3.1 Posições dos tribunais

As decisões homologatórias de sentenças arbitrais estrangeiras por tribunais e cortes nacionais encontram fundamentos teóricos e políticos, a apontar certa discricionariedade pelos julgadores na interpretação e aplicação das normas da Convenção de Nova Iorque ou, em certos casos, até a desconsideração de sua aplicabilidade ante a realidade fática de certas situações.

Dentre os casos levantados, alguns apresentaram entendimentos que tiveram considerável repercussão ou fundamentaram-se em linhas polêmicas. Outros foram objeto de reiteradas aplicações, razão pela qual foram considerados para o presente estudo.

notwithstanding a local standard annulment (LSA). **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, v. 9, n. 1, p. 14-31, mai 1998).

¹⁴ O Artigo IX, item 1, estabelece que: “*The setting aside in a Contracting State of an arbitral award covered by this Convention shall only constitute a ground for the refusal of recognition or enforcement in another Contracting State where such setting aside took place in a State in which or under the law of which, the award has been made and for one of the following reasons: [...].*”

3.3.1.1 A errônea aplicação da lei fundamentando a anulação da sentença arbitral

Em um caso recente, proferido pela *United States District Court - Southern District of New York*, uma sentença arbitral anulada em seu país de origem foi homologada com fundamento na errônea aplicação da lei pela corte que anulou a sentença arbitral¹⁵.

Litigavam as empresas *Pemex-Exploración Y Producción*, uma companhia mexicana subsidiária da estatal *Petróleos Mexicanos*, controlada pelo governo mexicano, responsável pela produção e exploração de petróleo e gás natural naquele país, e a *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.*, também uma companhia mexicana, subsidiária da *KBR, Inc.*, uma empresa norte-americana.

Em outubro de 1997 as companhias envolvidas celebraram um contrato prevendo a construção, pela *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.*, de duas plataformas marítimas de gás, sendo, em maio de 2003, celebrado um novo contrato entre as partes, vinculado ao primeiro. Após recíprocas acusações de descumprimento contratual, foi iniciado um procedimento arbitral pela *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.*, sendo que a *Pemex-Exploración Y Producción* não levou a cabo esta solicitação, procedendo a uma rescisão administrativa do contrato entre as partes. Este ato ensejou a busca, por parte da *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.*, pelo judiciário mexicano, buscando anular a rescisão administrativa do contrato.

Paralelamente a estes eventos, a *Pemex-Exploración Y Producción* questionou a competência do Tribunal Arbitral para conhecer do litígio.

Em 20 de novembro de 2006 o Tribunal Arbitral proferiu uma sentença arbitral parcial, em decisão unânime, reconhecendo sua competência para julgar aquela demanda. Esta decisão foi objeto de pedidos de reconsideração pela *Pemex-Exploración Y Producción*, todos negados.

A arbitragem prosseguiu e, em 7 de dezembro de 2007, a legislação mexicana foi alterada, prevendo que litígios envolvendo o atendimento a requerimentos previstos em contratos públicos deveriam ser levados a conhecimento de uma corte administrativa. Continuamente, em 28 de maio de 2009, outra alteração na legislação mexicana passou a prever que rescisões administrativas de contratos públicos não poderiam ser objeto de arbitragens.

¹⁵ UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. **Cases:** *Pemex-Exploración Y Producción v. Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.* Case nº. 10 Civ. 206 (AKH), United States District Court - Southern District of New York, decision given in aug. 27 2013. Disponível em: <<http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=323>>. Acesso em: 30 out. 2013.

Em 16 de dezembro de 2009 foi proferida a sentença arbitral e, por maioria, o Tribunal Arbitral manteve o entendimento de sua competência para julgar o caso, bem como estabeleceu o pagamento de pouco mais de US\$ 10.000.000,00 à *Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.* Porém em 25 de outubro de 2011, esta sentença arbitral foi anulada pelo judiciário mexicano, sob o entendimento de que a mesma violava a ordem pública mexicana, especialmente no tocante a não-arbitrabilidade daquela matéria, considerando as alterações legislativas de 2007 e 2009.

Contudo, em 27 de agosto de 2013, esta sentença arbitral foi homologada pelo *United States District Court - Southern District of New York*, sob o entendimento que, na época em que foi requerido o procedimento arbitral, não havia normas proibitivas para tal prática, não cabendo a aplicação retroativa das leis mexicanas que alteraram esta possibilidade¹⁶.

Em sua decisão, o juiz Alvin K. Hellerstein esclareceu não estar fazendo qualquer julgamento sobre a lei mexicana, apenas estava corrigindo um erro, qual seja, a aplicação retroativa das normas de 2007 e 2009, que, a seu entendimento, não comportariam tal procedimento.

Ocorre que as regras de aplicabilidade de normas podem variar de país para país, bem como o conceito de ordem pública. A alteração na legislação mexicana, especialmente por se referir a contratos públicos, foi considerada uma norma de ordem pública pelo tribunal daquele país, a fundamentar a anulação da sentença arbitral que violaria suas disposições.

O julgador norte americano, ao conceder a homologação da sentença arbitral, inobstante tenha buscado a mais justa aplicação da lei, desconsiderou o fator de violação à ordem pública mexicana, em um contexto jurídico mexicano, polemizando sua decisão. Assim, nota-se que não houve uma análise da sentença arbitral em si, mas sim um julgamento da conduta e do entendimento dos tribunais mexicanos pelo juiz norte-americano.

¹⁶ 'O julgador fundamentou sua decisão informando que: "*In declining to defer to the Eleventh Collegiate Court, I am neither deciding, nor reviewing, Mexican law. I base my decision not on the substantive merit of a particular Mexican law, but on its application to events that occurred before that law's adoption. At the time COMMISA brought its claims against PEP, there was no statute, case law, or any other source of authority that put COMMISA on notice that it had to pursue its claims in court, instead of in arbitration. COMMISA reasonably believed that it was entitled to arbitrate the case, and the Eleventh Collegiate Court's decision disrupted this reasonable expectation by applying a law and policy that were not in existence at the time of the parties' contract, thereby denying COMMISA an opportunity to obtain a hearing on the merits of its claims. The decision therefore violated basic notions of justice, and I hold that the Award in favor of COMMISA should be confirmed*"

3.3.1.2 Anulação baseada em situações não universalmente aceitas como ensejadoras de tal decisão

Algumas decisões foram identificadas onde a justificativa para a concessão da homologação da sentença arbitral anulada, apesar de não ter sido expressamente referenciada em tais decisões, é a de que a decisão anulatória embasou-se em parâmetros não universalmente aceitos como ensejadores da anulação de uma sentença arbitral e, portanto, não deveriam ser considerado por outro tribunal nacional.

Isso foi verificado em uma decisão na Rússia, envolvendo *Ciments Français v. Open Joint Stock Company Sibirskiy Cement Holding Company*¹⁷. As partes firmaram em 26 de março de 2008 um contrato de compra e venda de ações, em decorrência do qual foi originado um procedimento arbitral sediado em Istambul (Turquia).

Em 07 de dezembro de 2010 foi proferida uma sentença arbitral parcial favorável à *Open Joint Stock Company Sibirskiy Cement Holding Company*, que foi objeto de anulação pelo judiciário turco, em 31 de maio de 2011, sob o fundamento de que a decisão violava a ordem pública da Turquia. Contudo, a *Arbitrazh Court de Kemerovo Oblast*, aplicando a Convenção Europeia sobre Arbitragens Comerciais Internacionais, que não prevê que a anulação da sentença arbitral em seu país de origem permite sua não-homologação por outro tribunal nacional, entendeu que o fundamento do tribunal turco para anular a sentença arbitral não encontra eco nos tratados e legislação russos, daí, portanto, não serviria de fundamento para justificar a negativa de sua homologação por aquela corte¹⁸. Assim, concedeu sua homologação.

Esta decisão retoma a problemática da definição de situações universalmente aceitas como ensejadoras de anulação de sentenças arbitrais, especialmente no tocante às normas de ordem pública, que variam conforme o período e o povo considerado.

Da mesma forma, apresenta desconsideração para com as normas aplicáveis à arbitragem, uma vez que não foi apontado que tais leis conflitavam com normas dos países onde se buscava a homologação de tais sentenças arbitrais. O que se verificou nestas situações foi a

¹⁷ ARBITRAZH COURT DE KEMEROVO OBLAST. **Case:** *Ciments Français v. Open Joint Stock Company Sibirskiy Cement Holding Company*. Case A27-781/2011, Arbitrazh Court de Kemerovo Oblast, Decision granted in jul. 20 2011. Disponível em: <arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/ciments_francais_france_v_holding_co_siberian_cement_russia_et_al_a27-781-2011.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

¹⁸ Entre os fundamento da decisão da *Arbitrazh Court de Kemerovo Oblast*, ela expressa que: “*The grounds under which the arbitral award was set aside by the Turkish court, in accordance with the 1961 European Convention, do not entail refusal of recognition of the arbitral award in the Russian Federation. Subject to the foregoing, the setting aside of the arbitral award by the decision of the Turkish court, if the second decision of the Turkish court were to become final, would entail a refusal to grant the applicant's application for recognition of the arbitral award in the Russian Federation only if the arbitral award had been set aside under one of the grounds listed in subclauses a) - d) of Article IX(1) of the European Convention.*”

primazia da lei mais ampla à arbitragem, buscando conferir maior eficácia a este mecanismo, ao custo da não aplicação da lei estabelecida para governar esta relação.

3.3.1.3 Anulação decorrente de julgamento parcial pelo tribunal estatal

Foi verificada situação onde o reconhecimento e a execução da sentença arbitral foi concedida por um tribunal estrangeiro ao ser encontrados fortes indícios de que sua anulação pelo tribunal estatal do local de origem da arbitragem revestiu-se de caráter político ou decorrente de interesse do estado onde foi proferida a decisão anulatória.

Este caso, que ganhou forte repercussão, envolvia as companhias *Yukos Capital S.a.r.L*, como autora, e a *OJSC Yuganskneftegaz*, como ré. Ambas empresas eram controladas por um mesmo grupo privado russo, contudo, enquanto a *Yukos Capital S.a.r.L* foi constituída em Luxemburgo, a *OJSC Yuganskneftegaz* foi estabelecida em solo russo.

Foi celebrado um contrato de mútuo entre estas empresas quando ambas ainda estavam sobre o controle do mesmo grupo russo. Ocorre que a *OJSC Yuganskneftegaz* veio posteriormente a ter seu controle adquirido pelo governo russo, enquanto a *Yukos Capital S.a.r.L* manteve-se sob controle de capital privado.

Foi instaurada uma arbitragem entre estas partes discutindo um conflito oriundo deste contrato de mútuo, sendo que a *Yukos Capital S.a.r.L* saiu vencedora. Foram proferidas 4 sentenças arbitrais em 19 de setembro de 2006, condenando a *OJSC Yuganskneftegaz* a pagar o montante de US\$ 425,000,000.00 à *Yukos Capital S.a.r.L*.

Em 13 de agosto de 2007 a justiça russa anulou as sentenças arbitrais, sob o entendimento de que as mesmas tratavam de situação onde a *Yukos Capital S.a.r.L* buscava uma evasão fiscal de tributos devidos às autoridades russas. Sob esse manto, desfez a suposta conduta antijurídica da *Yukos Capital S.a.r.L*.

Contudo, a *Yukos Capital S.a.r.L* buscou a execução das sentenças arbitrais perante os tribunais nacionais holandês e inglês.

Os julgadores destes países¹⁹ entenderam haver diversos indícios de um forte interesse por parte das autoridades russas em anular aquela decisão. Entre alguns apontados no julgamento

¹⁹ No caso do pedido feito perante o judiciário holandês o juiz de primeira instância não aceitou o pedido de reconhecimento e homologação. Sua decisão, contudo, foi revertida em segunda instância, que concedeu o reconhecimento e homologação da sentença arbitral.

proferido pela *Royal Court of Justice*, da Inglaterra²⁰, estão que a aplicação da lei tributária russa para este caso específico foi deturpada, um membro do tribunal russo que proferiu voto favorável à *Yukos Capital S.a.r.L* na ação anulatória foi sumariamente removido da composição do colegiado que apreciava aquela questão, bem como o fato de o beneficiário final dos valores definidos na arbitragem ser um opositor ao então governo russo. Além disso, a *Yukos Capital S.a.r.L* detém consideráveis reservas energéticas em solo russo, e há interesse nacional do governo daquele país em manter as reservas energéticas sobre controle do capital russo.

Ante esse contexto fático, o tribunal inglês desconsiderou o julgamento anulatório pelas autoridades russas, considerado parcial, e, no mesmo sentido do tribunal holandês²¹, concedeu a homologação das sentenças arbitrais anuladas²².

A repercussão deste caso foi considerável, eis que lidava com uma situação que apontava para fortes indícios de parcialidade do poder judiciário russo, servindo a interesses do Estado.

Vislumbra-se que houve, nesse caso, também o julgamento de práticas de tribunal estatal por outro tribunal estatal, uma vez que o conteúdo da sentença arbitral não chegou a ser objeto de apreciação pela decisão homologatória.

3.3.1.4 Na arbitragem internacional a sentença é internacional

Uma corrente bastante invocada para concessão da homologação de sentenças arbitrais anuladas em seu país de origem considera o caráter internacional da sentença arbitral proferida

²⁰ ROYAL COURT OF JUSTICE. **Case:** Yukos Capital S.a.r.L, v. OJSC Yuganskneftegaz. Case n°. A3/2011/1790, Royal Court of Justice, decision given in Jun. 27 2012. Disponível em: <www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1182&seule=1>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²¹ GERECHTSHOF AMSTERDAM. **Zaak:** Yukos Capital S.a.r.L, v. OJSC Yuganskneftegaz. Zaak LJN B12451, Gerechtshof Amsterdam, Uitspraak 28 de apr. 2009. Disponível em: <uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2009:BI2451&keyword=Yuganskneftegaz>. Acesso em: 14 ago. 2013.

²² Como fundamento para desconsiderar a sentença de outro tribunal nacional, a decisão esclareceu que: “Ultimately, and looking at the arguments in this case more broadly, the question is whether in the modern world the English court can be asked to recognise judicial decisions which a party to those decisions alleges have been brought about by judicially corrupt means. In a world which increasingly speaks about the rule of law, it should not in principle be open to another party to those decisions to claim an immunity from adjudication on the ground that an investigation into those allegations is protected by deference due to the legislative or executive acts of a foreign sovereign. As Lord Nicholls said in *Kuwait Airways* (at [28]): ‘As nations become ever more interdependent, the need to recognise and adhere to standards of conduct set by international law becomes ever more important.’ Replace ‘international law’ by ‘international recognition of proper judicial standards mandated by the rule of law’ and that observation fits this case. We also bear in mind Lord Hope’s comments on the rule of law in the same case at [145]: ‘It is now clear, if it was not before, that the judiciary cannot close their eyes to the need for a concerted, international response to these threats to the rule of law in a democratic society.’ Their Lordships were of course speaking about Iraq’s international delinquency in invading Kuwait and despoiling it of its assets: however, their observations are equally pertinent to judicial bias and dependency in the face of state interference in the judicial process.”

em arbitragens internacionais. De acordo com esse entendimento, a internacionalidade da arbitragem retira qualquer possibilidade de a sentença arbitral ter um país de origem e, portanto, não haveria um tribunal estatal de origem competente para anulá-la.

Considera-se, nesse caso, a distinção entre as arbitragens estrangeiras e internacionais, apontado no Capítulo 2 deste estudo.

Este entendimento, bastante utilizado pelo judiciário francês, foi aplicado na decisão pela homologação da sentença arbitral proferida no caso *Société Hilmarton Ltd v. Société Omnim de Traitement et de Valorisation (OTV)*²³. No caso, uma sociedade francesa (*Société Omnim de Traitement et de Valorisation*) contratou uma companhia inglesa (*Société Hilmarton Ltd*) para prestar serviços de consultoria e coordenação em uma licitação na Argélia.

Foi instaurada uma arbitragem decorrente desta relação contratual para discutir a cobrança de honorários adicionais devidos à *Société Hilmarton Ltd*. A sentença arbitral foi proferida em Genebra, em 19 de agosto de 1988, porém foi anulada pelo poder judiciário suíço em 17 de novembro de 1989, sob o entendimento de que a decisão violava as normas de ordem pública da Argélia, inobstante a lei aplicável à arbitragem fosse a suíça. A *Cour de Cassation*, contudo, concedeu a homologação da sentença arbitral anulada, em 23 de março de 1994, justamente por entender que a arbitragem envolvendo as partes revestia-se de caráter internacional, não podendo, por isso, ser anulada em um país de origem²⁴.

Este mesmo fundamento foi adotado pela *Cour de Cassation* em diversos outros casos, dentre os quais o envolvendo a *Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices*²⁵. Nele, uma empresa indonésia (*Société PT Putrabali Adyamulia*) vendeu uma carga de pimenta para uma companhia francesa (*Société Moguntia Est Epices*, que posteriormente veio a se tornar *Société Rena Holding*). O problema surgiu quando um naufrágio destruiu a carga, e a compradora recusou-se a pagar os valores devidos pela carga.

Uma arbitragem foi instaurada, sediada em Londres, e, em 10 de abril de 2001, foi proferida uma sentença arbitral favorável à *Société Rena Holding*, isentando-a do pagamento pela carga. Esta sentença foi objeto de anulação pela *High Court* britânica, sob o fundamento

²³ COUR DE CASSATION. **Pourvoi:** Société Hilmarton Ltd v. Société Omnim de Traitement et de Valorisation (OTV). Pourvoi 92-15.137, Cour de Cassation, jugé le 23 mar. 1994. Disponível em : <www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=140&seule=1#>. Acesso em 25 jul. 2013.

²⁴ A *Cour* fundamentou na decisão que: “Attendu, enfin, que la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n’était pas intégrée dans l’ordre juridique de cet Etat, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation et que sa reconnaissance en France n’était pas contraire à l’ordre public international.”

²⁵ COUR DE CASSATION. **Pourvoi:** Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices. Pourvoi 05-18.053, Cour de Cassation, jugé le 29 jun. 2007. Disponível em: <www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=176>. Acesso em: 25 jul. 2013.

de que o não pagamento da carga configuraria uma violação ao contrato existente entre as partes. Frente a isso, em 21 de agosto de 2003 foi proferida nova sentença arbitral, favorável à *Société PT Putrabali Adyamulia*, determinando que a *Société Rena Holding* pague o valor devido pela carga.

Porém a primeira sentença arbitral foi objeto de execução perante o *Tribunal de Grande Instance de Paris*, tendo esta decisão sido objeto de recurso perante a *Cour d'appel de Paris* e a *Cour de Cassation*, que mantiveram o entendimento pela possibilidade de homologação e execução da sentença arbitral anulada, reconhecendo que, por ser uma sentença internacional, não haveria um tribunal de origem competente para anulá-la, além de aquela sentença arbitral revestir-se de todas as exigências então impostas pela lei francesa para sua validade e eficácia²⁶.

Estas decisões são bastante questionadas pois o caráter de internacionalidade de uma arbitragem é bastante relativo, não havendo um consenso sobre quais seriam os parâmetros para determinar quais arbitragens revestem-se dessa natureza.

Além disso, inobstante possam algumas arbitragens sejam consideradas internacionais, não há como negar que as sentenças arbitrais são proferidas em territórios de Estados nacionais, particularmente nos locais onde se situam as sedes destas arbitragens, que foi o foco da Convenção de Nova Iorque na definição de local de origem da sentença arbitral.

Em contrapartida, é forçoso reconhecer que o caráter internacional de uma arbitragem consequentemente desvincula-a de uma nacionalidade, não podendo ser ignorado o entendimento dos tribunais que homologam sentenças arbitrais anuladas, com base neste fundamento.

Trata-se de questão atual que certamente gerará diversas discussões.

3.4 Sujeição dos tribunais às decisões de cortes estrangeiras

Uma grande questão envolvendo a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem passa pela discussão de quão obrigado um Estado está de acatar

²⁶ A *Cour* fundamentou na decisão que: “*Mais attendu que la sentence internationale, qui n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique, est une décision de justice internationale dont la régularité est examinée au regard des règles applicables dans le pays où sa reconnaissance et son exécution sont demandées ; qu'en application de l'article VII de la Convention de New-York du 10 janvier 1958, la société Rena Holding était recevable à présenter en France la sentence rendue à Londres le 10 avril 2001 conformément à la convention d'arbitrage et au règlement de l'IGPA, et fondée à se prévaloir des dispositions du droit français de l'arbitrage international, qui ne prévoit pas l'annulation de la sentence dans son pays d'origine comme cause de refus de reconnaissance et d'exécution de la sentence rendue à l'étranger*”

a decisão anulatória proferida pela autoridade competente de outro Estado. Em suma, indaga-se qual a força da coisa julgada em nível internacional.

Partindo dos conceitos e parâmetros de soberania, um Estado não reconhece outro poder superior capaz de ordenar suas competências internas. E considerando o princípio de Direito Internacional Público que considera os Estados componentes da sociedade internacional como igualmente soberanos, não há uma hierarquia entre judiciários nacionais de diferentes países²⁷.

Dessa forma, uma sentença judicial emanada por autoridade judiciária Estatal não tem poder coercitivo perante outro Estado, uma vez que foi proferida fora de seu território e sujeita a outra soberania. Contudo, poderá um Estado incorporar ao seu universo esta decisão, por meio do processo de homologação, que seguirá os trâmites e requisitos definidos em cada ordenamento nacional.

Concluído este processo de homologação, a sentença judicial proferida por um tribunal estrangeiro passa a ter força dentro do território do Estado onde foi concedida esta homologação, se tornando apta a surtir efeitos e podendo ser objeto de execução forçada.

Ocorre que os quesitos para a concessão desta homologação são bastante dependentes das legislações internas de cada país, uma vez que não há significativos documentos internacionais com ampla adesão versando sobre esta matéria.

Uma referência é a Convenção para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial, celebrada em 1º de fevereiro de 1971, em Haia. Ela trata do reconhecimento de decisões de cortes nacionais em matéria civil e comercial, excluídos casos particulares que tratam de questões de cunho personalíssimo ou de interesse público²⁸. Assim, segundo o artigo 4 desta Convenção, serão homologadas sentenças proferidas por

²⁷ Tanto que a Carta das Nações Unidas, em seu art. 2º, §1º, institui esta equiparação entre todos os Estados-membros, estabelecendo que: “Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.” (BRASIL. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 nov. 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013).

²⁸ O artigo 1 desta Convenção, ao listar as hipóteses de exclusão de sua aplicação, estabelece que: “*It shall not apply to decisions the main object of which is to determine: (1) the status or capacity of persons or questions of family law, including personal or financial rights and obligations between parents and children or between spouses; (2) the existence or constitution of legal persons or the powers of their officers; (3) maintenance obligations, so far as not included in sub-paragraph (1) of this Article; (4) questions of succession; (5) questions of bankruptcy, compositions or analogous proceedings, including decisions which may result therefrom and which relate to the validity of the acts of the debtor; (6) questions of social security; (7) questions relating to damage or injury in nuclear matters.*

This Convention does not apply to decisions for the payment of any customs duty, tax or penalty.”

autoridades competentes, não mais sujeitas a revisão, e que sejam passíveis de execução forçada em seu país de origem.

Inobstante esta Convenção esteja em vigor, a sua ínfima adesão por parte de Estados nacionais²⁹ torna-a praticamente inaplicável.

Em nível regional, encontra-se um maior número de acordos prevendo a cooperação entre Estados em matéria de reconhecimento de decisões judiciais proferidas por suas cortes, como se verifica na Convenção de Bruxelas sobre a Jurisdição e Execução de Sentenças em Matérias Civil e Comercial, de 1968, celebrado entre os então membros da Comunidade Econômica Europeia, que possui 15 signatários³⁰.

Outro exemplo encontra-se no âmbito da Organização dos Estados Americanos, onde foi concluído, em 1984, na cidade de La Paz, Bolívia, a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, que foi assinado por 13 Estados³¹, estabelecendo que, para que seja concedida eficácia extraterritorial à sentença proferida pelo judiciário de um de seus signatários, será necessário que, além de ter caráter de coisa julgada, possa ser reconhecida ou executada em todo o território do Estado Parte onde foi proferida.

O fato é que o reconhecimento de sentenças judiciais estrangeiras é uma prerrogativa do Estado, não havendo uma obrigatoriedade neste sentido, sob pena de violar-se os princípios de soberania e igualdade entre Estados nacionais. Nesta linha, há de se considerar que a sentença judicial estrangeira que anular uma sentença arbitral inevitavelmente passará por este crivo.

Pode-se indagar se o texto da Convenção de Nova Iorque, de 1958, trouxe certa obrigatoriedade para um Estado reconhecer a sentença judicial anulatória de uma sentença arbitral, considerando esta situação como ensejadora da negativa de homologação de uma sentença arbitral estrangeira. Isso porque, partindo-se do pressuposto de que existe a obrigação de negar o reconhecimento³² à sentença arbitral anulada em seu país de origem, tem-se situação em que a sentença judicial estrangeira que anulou a sentença arbitral necessariamente deve

²⁹ Até o momento somente 5 países aderiram a ela, a saber: Albânia (2010), Chipre (1979), Holanda (1979), Portugal (1983) e o Kuwait (2002).

³⁰ Ela hoje está entrando em desuso, considerando a promulgação do Regulamento (EC) N° 44/2001 do Conselho da União Europeia, posteriormente substituído pelo Regulamento (EU) N°. 1215/2012, do Parlamento e Conselho Europeu, que versam sobre o mesmo assunto, com texto parecido ao da Convenção de Bruxelas sobre a Jurisdição e Execução de Sentenças em Matérias Civil e Comercial, de 1968, porém complementado.

³¹ Dentre eles o Brasil, que, contudo, não o ratificou até o momento.

³² Neste caso desconsiderando a interpretação dada ao texto original da convenção, que estipula que a homologação pode ser negada (*Recognition and enforcement of the award may be refused*), conforme discutido anteriormente.

surtir efeitos dentro do território do Estado onde vir a se buscar a homologação da sentença arbitral anulada, reconhecendo que esta última não mais existe.

Uma diferente visão para esta questão é dada pela ICCA, em seu guia sobre a Convenção de Nova Iorque para juízes, que sobre esta questão estabelece que:

As cortes que tenham jurisdição para anular a sentença [arbitral] são somente as cortes do Estado onde a sentença foi feita ou onde foi determinado que deveria ter sido feita, isto é, onde for a sede da arbitragem [...]. Estas cortes são descritas como tendo jurisdição ‘supervisora’ ou ‘primária’ sobre a sentença. Em contrapartida, as cortes perante as quais se busca o reconhecimento e execução de uma sentença são descritas como tendo jurisdição ‘executiva’ ou ‘secundária’ sobre a sentença, limitada à determinação da existência de requisitos da Convenção [de Nova Iorque, de 1958] para a recusa de reconhecimento e execução.³³

Sob essa leitura, haveria então competências jurisdicionais diferentes. Porém, ainda assim, a chamada *jurisdição executiva* estará vinculada à decisão anulatória da *jurisdição supervisora*, todavia neste caso sob o prisma de verificação de condições estabelecidas na Convenção de Nova Iorque, e não necessariamente no acatamento da sentença anulatória.

3.4.1 Os limites da coisa julgada em nível internacional

Confere-se a autoridade de coisa julgada à decisão de mérito que não comporta revisão pelo judiciário do país onde a sentença judicial foi proferida. Trata-se de caso em que, sob a perspectiva interna de um Estado, aquela decisão tornou-se imutável e somente em situações excepcionais, trazidas no ordenamento de cada país considerado, poderá tal sentença judicial revestida deste caráter ser objeto de revisão ou modificação.

No plano interno de um país a eficácia da coisa julgada não comporta grandes objeções. Contudo, em nível internacional, a eficácia da coisa julgada inevitavelmente passará pela necessidade de homologação da sentença judicial que se revestir desta autoridade³⁴.

³³ Tradução nossa. O texto original, em inglês, estabelece que: “*The courts having jurisdiction to set aside an award are only the courts of the State where the award was made or is determined to have been made, i.e., where the arbitration had its seat (see Chapter I at III.1.1). These courts are described as having “supervisory” or “primary” jurisdiction over the award. In contrast, the courts before which an award is sought to be recognized and enforced are described as having “enforcement” or “secondary” jurisdiction over the award, limited to determining the existence of Convention grounds for refusal of recognition or enforcement*” (INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **ICCA’S guide to the interpretation of the 1958 New York Convention**: a handbook for judges. The Hague, 2011. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/publications/NYC_Guide.html>. Acesso em: 14 abr. 2012. p. 102).

³⁴ Tanto que PETER BARNETT esclarece: “*In the first place, it is cardinal that a foreign judgment must first be recognised within the forum in order for it to have any effect, whether that effect be one of enforcement or preclusion.*” (BARNETT, Peter. **Res judicata, estoppel, and foreign judgments**. New York: Oxford, 2001. p. 25).

No caso de homologação de uma sentença arbitral anulada em seu país de origem por uma sentença judicial com autoridade de coisa julgada, para que seja possível opor tal decisão anulatória à decisão homologatória da sentença arbitral, é necessário que a sentença judicial seja reconhecida pela autoridade competente do país onde se busca seu cumprimento.

Feito este procedimento, surge a questão de qual decisão prevalecerá: a que homologou a sentença arbitral anulada, ou a sentença judicial com autoridade de coisa julgada que foi reconhecida.

Uma doutrina bastante aplicada pelo judiciário de países de língua inglesa, denominada *estoppel*, estabelece, em um sentido amplo, que uma parte deverá se abster de afirmar ou negar atos ou práticas que, em termos legais, tenham sido estabelecidos como verdade em procedimento passado. Em nível processual, caso venha a ser provado que determinado ato ou prática veio a ser objeto de reconhecimento por uma autoridade julgadora como verdade, então tal prática ou ato não deve ser mais objeto de questionamento, acatando-se o entendimento que outrora foi formado³⁵.

Adotando esta linha, é possível a invocação da doutrina do *estoppel*, onde ela for aplicável, para fazer valer a decisão anulatória da sentença judicial frente à decisão homologatória da sentença arbitral, numa situação em que a anulação se deu antes da homologação.

Contudo, caso a decisão anulatória tenha sido proferida posteriormente à decisão homologatória da sentença arbitral, será necessário passar pela discussão da situação de existência e validade da sentença arbitral anulada frente a outros ordenamentos.

Trata-se de questão que deve ser pontualmente analisada, que certamente gerará diversos questionamentos.

³⁵ Ibid., p. 17. Porém Peter Barnett assevera que: “*If it is sought to rely on the decision to create an estoppel, and thereby to present a subsequent review of the matter, ‘it is necessary that the matter should have been raised and controverted before the earlier tribunal and shall have been clearly, and finally, decided by it’.*”

CAPÍTULO 4 RELATIVIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA: IMPLICAÇÕES À LIBERDADE E AUTONOMIA DAS RELAÇÕES PRIVADAS

4.1 A publicização do Direito Privado

A dicotomia entre direito público e privado remonta à Roma antiga, baseado em um famoso trecho de Ulpiano: “O direito público diz respeito ao estado da coisa romana, à *polis* ou *civitas*, o privado à utilidade dos particulares”¹. Naquela época, a principal distinção entre um universo e outro dizia respeito ao Labor, processo ininterrupto de produção de bens de consumo, que contemplava as ações de direito privado, e à Ação, cujo terreno era o encontro dos homens livres, que se governavam, contemplando as ações de direito público².

Esta distinção inicial progrediu conforme a evolução das relações sociais, atingindo sua atual definição, onde considera-se privado o direito que regula relações entre pessoas da sociedade civil, em uma hipotética condição de igualdade, e o direito público como aquele que regula a relação destas pessoas, componentes da sociedade civil, com um ente soberano, o Estado, em uma relação desigual, cuidando também da estruturação do próprio Estado.

Em termos teóricos, o universo do direito privado guarda a relação entre indivíduos com autonomia privada por excelência. Por autonomia privada deve ser entendido o livre exercício, pela pessoa, dos direitos que lhe são conferidos para práticas cotidianas, como a celebração de contratos ou a aquisição de bens. Ela se distingue da autonomia da vontade, que possui um viés mais psicológico, onde a pessoa pratica atos conforme seu desejo interno. Dessa forma, a autonomia privada dá origem aos negócios jurídicos, enquanto da autonomia da vontade decorrem os atos jurídicos.

A autonomia privada tem por pressuposto lógico a liberdade de opção, onde o indivíduo decide o que deseja praticar dentre os modos existentes e legalmente possíveis para tal prática. A esses atos o Direito confere autonomia e reconhecimento de validade e eficácia contanto sejam exercidos dentro dos limites estabelecidos pelas normas jurídicas para tal negócio.

Já com relação ao exercício de direitos públicos, o que existe é a imposição, pelo ente soberano, de condutas a serem praticadas pelos indivíduos quando relacionam-se com este ente ou quando relacionam-se entre si, porém dentro de esferas de direitos tidos por basilares e

¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 133.

² Ibid., p. 133-134.

sujeitos a proteção/regulamentação para sua boa prática. Tratam-se de direitos que cuidam de valores fundamentais, para os quais o Estado não confere qualquer possibilidade de opção senão a observação da conduta que melhor se adequa à preservação daquele valor essencial.

Atualmente, verifica-se uma atuação do direito público buscando regular diversas condutas tradicionalmente consideradas como de exercício da autonomia privada por excelência, visando a proteção de normas de ordem pública e bons costumes, numa certa *publicização* das relações privadas.

Por exemplo, a instituição de normas consumeristas, a elaboração de novos conceitos, como a função social dos contratos e da propriedade, bem como as cada vez maiores intervenções na estrutura de funcionamento das relações de trabalho indicam que a preocupação dos Estados em proteger bens jurídicos fundamentais vêm gerando uma maior incidência de estruturas de direito público nas relações privadas. A autonomia privada sofre limitações em decorrência dessas regras publicistas, ocasionando situações de redução de liberalidades.

Não se trata de fenômeno observado em todas as matérias do direito privado. Contudo, atentando-se ao objeto deste estudo, encontra-se que as relações contratuais prevendo uso da arbitragem vêm passando por mudanças restritivas que merecem melhor atenção.

A primeira diz questão às matérias arbitráveis, que atualmente, de acordo com a maioria dos ordenamentos estatais, restringem-se a direitos patrimoniais disponíveis. Emir Calluf Filho aponta este complicador³, informando sobre a problemática de, em diversos contratos, não ser possível prever todas as controvérsias que poderão surgir daquela relação, podendo, dependendo do local da arbitragem, haver a incidência de lei que não permite a arbitrabilidade de determinada matéria. Em situações como esta, a arbitragem instaurada estará fadada ao não-sucesso.

Outro ponto conflitante desta publicização do direito privado diz respeito à frequente alteração da definição de ordem pública. Conforme apontado, as normas de ordem pública estão sujeitas a mudanças conforme a sociedade e o período considerado, e a arbitragem que apresentar violação a norma de ordem pública, seja na sua instauração, procedimento ou sentença arbitral, estará sujeita a anulação.

Em relações contratuais de longa duração é perene o risco de alteração da concepção de ordem pública em um dos países onde uma relação contratual internacional tenha contato, sujeitando tanto as suas cláusulas como uma arbitragem dele oriunda à anulação por violação a

³ CALLUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional**: o local da arbitragem. Curitiba: Juruá, 2006. p. 73.

norma de ordem pública posteriormente instituída, sem a proteção do direito adquirido daquela relação contratual entre seus participantes.

Casos assim apontam para o risco de uma cenário de certa instabilidade para as relações privadas, principalmente de cunho internacional, visto seu contato com diversos ordenamentos, que encontram-se sujeitos a revisões e intervenções desta natureza⁴.

Contudo, sobre este fenômeno da interferência do direito público sobre o privado, Francisco Amaral faz interessante observação, ao considerar que com o crescente fenômeno das relações contratuais internacionais, com utilização de diversos meios alternativos de solução de disputas, os contratos passam a ganhar mais importância em um âmbito internacional⁵. Dessa forma, pode-se esperar que intervenções do direito público em normativas que tratam de relações contratuais privadas poderiam ser inibidas, ante a crescente importância dos contratos.

Todavia, deve-se considerar que a segurança jurídica dos contratos internacionais do comércio passa por essa variável, que poderá não apenas influenciar o cumprimento de suas cláusulas, como também o resultado de arbitragens decorrentes de conflitos deles oriundos, que poderão vir a ser objeto de anulação em momento posterior.

Dessa forma, a busca por países que apresentem uma estabilidade normativa e uma estrutura política consolidada tendem a ser ideais tanto para a definição das leis que serão aplicáveis ao contrato e à arbitragem, como para a determinação do local da sede de arbitragens internacionais. Trata-se de questão que deve ser considerada entre as partes contratantes em contratos comerciais internacionais, visando preservar a integridade do que fora contratado entre estas e a base negocial do seu acordo.

4.2 Novos limites à liberdade contratual

A ideia de liberdade contratual plena, cenário em que as partes contratantes teriam total autonomia para contratar e definir obrigações, encontra restrições que vêm sendo impostas

⁴ Irineu Strenger já havia alertado sobre este fenômeno, informando que: “Nota-se igualmente o crescente papel da Constituição sobre o Direito Internacional Privado, por emanarem dela princípios estruturais do ordenamento, que constituem a norma-base a que deve ajustar-se todo o resultado jurídico obtido ou sancionado pelo foro.” (STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: LTR, 2003. p. 144).

⁵ “O princípio da autonomia privada tem sido objeto, nas últimas décadas, de um processo de revisão crítica, reduzindo-se o seu campo de atuação com a intervenção do Estado, embora permaneça como essência do negócio jurídico, particularmente de sua principal categoria, o contrato. Em contrapartida, o processo de globalização de economia e o da mundialização da cultura, com o uso crescente de modelos contratuais, e o reconhecimento de uma pluralidade nas fontes de direito e nos meios de composição de conflitos (v.g., a arbitragem) apontam para o recrudescimento de sua importância.” (AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 80)

principalmente pelo fenômeno da publicização do Direito Privado e do ativismo judicial, atuando em prol de direitos sociais e princípios elevados a patamares diretivos nacionais, a justificar a redução do campo da plena autonomia na elaboração de contratos.

A formulação de ideais visando garantir a equivalência entre as partes contratantes têm imprimido regras restritivas à autonomia contratual, em busca de um benefício social destas relações. Inspiram-se em cenários de igualdade entre contratantes para negociar as cláusulas, e na observância de resultados destas relações contratuais que beneficiem não apenas as partes do contrato, mas gerem repercussões sociais positivas⁶.

Dentre os exemplos deste entendimento está, no Direito brasileiro, a concepção de uma função social do contrato, que, apesar de não uniformemente definida, vincula-se à ideia de o contrato ser instrumento voltado à obtenção de mútuos resultados positivos, dentro de um universo de contratações válidas. Dessa forma, estariam os contratantes obrigados a manterem uma postura proba e de boa-fé quando da negociação de um contrato.

Este preceito normativo pós-positivista, dado sua vastidão e imprecisão, permite um sem-número de interpretações que legitimariam a atuação do Estado para impor determinações às partes em um contrato, limitando ou cessando os efeitos de obrigações negociadas, sob o manto do não-atendimento da função social de dado contrato. Trata-se, pois, de regra de caráter principiológico-social, com vasta discricionariedade.

Outro fator restritivo da liberdade contratual é a ordem pública, que, conforme já discutido neste estudo, varia conforme o período e a sociedade considerada, e legitima a atuação inclusive ativa do Estado no caso à violação de normas deste perfil.

Divergindo um pouco dos contratos centrais deste estudo, tem-se os contratos de consumo, que cada vez mais encontram-se sujeitos a normas rígidas de restrição às atividades dos comerciantes em prol da defesa dos consumidores, considerando sua postura hipossuficiente nestas relações.

Além destes casos, existem situações onde, buscando proteger seu mercado interno, Estados impõem restrições à atuação estrangeira em seu solo no caso de determinadas atividades, sujeitando relações contratuais novas e já existentes a tais impedimentos.

⁶ Neste sentido, Fran Martins já apontara que: “Por outro lado, para fazer face a contingências oriundas de novas situações econômicas e políticas da humanidade, surgidas principalmente com as guerras que, nos últimos decênios, têm abalado a estrutura da sociedade, o Estado vem interferindo, de maneira decisiva, nos negócios contratuais, já impedindo que os indivíduos contratem livremente, já, muitas vezes, substituindo a vontade das partes pela imposição de regras que devem ser cumpridas pelos contratantes. Assim age o Estado, tendo em vista manter o equilíbrio social.” (MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2010. p. 80).

O que se nota é que normas de carácter cada vez mais social vêm sendo estruturadas para impor limites à autonomia contratual, sujeitando-a a tais regras de origem principiológica que visam normatizar boas condutas do ponto de vista do respeito e justiça entre contratantes⁷.

Ocorre que em várias situações verificam-se tentativas dos Estados de fazerem valer regras e princípios por eles estruturados com certa mutabilidade, podendo provocar um grau de incerteza e insegurança às relações contratuais, vez que torna-se imprevisível saber quando poderá vir a surgir determinada norma que seja contrariada por disposição contratual vigente.

Neste sentido, existe o risco de tanto um contrato como uma arbitragem virem a se tornar elementos violadores de preceitos normativos criados ou alçados ao patamar de normas de ordem pública posteriormente à data da elaboração do contrato ou da constituição do Tribunal Arbitral. Assim, seriam passíveis de anulação, tanto em caso de requerimento por uma das partes contratantes como em decorrência de posturas ativas pelos judiciários nacionais.

Estes novos parâmetros de restrição à autonomia das partes em contratos, de cunho social, vem servindo como justificativa para posturas ativas dos órgãos estatais visando coibir abusos.

Trata-se de questão que não pode fugir à atenção das partes contratantes, que, em busca da manutenção de uma segurança jurídica em suas relações contratuais, devem zelar pela correta observância das leis que lhe forem aplicáveis, e a manutenção dessa situação por durante o período de duração da relação contratual.

4.3 A posição atuante do Poder Judiciário frente às relações contratuais privadas

O Poder Judiciário, tradicionalmente concebido como um poder restritivo, ou seja, determinador de condutas que não devem ser tomadas, punindo excessos cometidos, vem sofrendo uma revisão dessa postura, passando a ter uma atuação mais positiva, no sentido de não apenas definir o que não deve ser feito, mas também, em determinados casos, esclarecendo qual deve ser o comportamento das partes, com base na interpretação e sentido das leis.

⁷ Sobre essa preocupação, Beale, Bishop e Furmston apontam que: *“This idea of freedom contains a negative element, which rejects the interference of the state in the terms of market transactions, but also a positive element, for it sees in the general licence to enter binding contracts an enhancement of freedom, because this facility permits new forms of co-operative endeavours which last over a period of time. The adherence to the negative aspect of liberty could not be absolute without endangering the justice of the market order. Parties entering into contracts had to be protected against threats of violence and fraudulent misrepresentations, but this intervention could be justified as being designed to protect freedom by ensuring the genuineness of the choice to enter the contract.”* (BEALE, Hugh; BISHOP, William; FURMSTON, Michael Philip **Contract: cases & materials**. New York: Oxford University, 2008. p. 70).

Essa mudança, definida como um ativismo judiciário, sob certas perspectivas é vista como um avanço, como defende Sálvio de Figueiredo Teixeira, para quem:

O Estado Democrático de Direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não é mais visto como mero Poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da Nação e responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão.⁸

Porém, certa confusão se forma ao definir o que seria este ativismo judicial, que passa por ideias de politização da justiça até pelo exercício de função legislativa pelo Judiciário. Encarando esta questão, Marcelo Mazotti, em seu estudo⁹, que embora não conclusivo se atenta bem a esta questão, delimita quatro campos em que verifica este ativismo judicial: como imposição da vontade do juiz em detrimento da lei, como expansão do Poder Judiciário, como criação de direito e como realização de políticas públicas.

No primeiro caso, ocorre o ativismo por meio da sobreposição das concepções ideológicas do juiz sobre a determinação e vontade da lei. Dessa forma, em busca de um ideal de justiça, especialmente nos casos em que a determinação da lei não for clara, o entendimento e convicção do juiz deve prevalecer. Essa doutrina é criticada principalmente considerando que a vontade da lei é que deve ser buscada e aplicada, não a do julgador, que deve manter postura neutra e imparcial.

Por expansão do Poder Judiciário considera-se o exercício da função jurisdicional para além dos limites que lhe foram definidos institucionalmente pelas normas, que, a priori, seria a de resolver controvérsias de natureza objetiva (normativos) e subjetivos (interesses).

O ativismo como criação de direitos trata da questão do exercício de atividade legislativa pelo judiciário. Normalmente ele encontra-se associado às situações em que não há previsão legal regulando determinado caso concreto trazido à apreciação do juiz, cabendo a ele interpretar e *inovar* o ordenamento apto a ser utilizado para resolver tal controvérsia.

Por fim, por realização de políticas públicas se tem o ativismo judicial que cria, ilegitimamente, políticas públicas que não encontram-se normatizadas ou formalmente estabelecidas pelos demais poderes, a quem caberiam tanto sua elaboração (Legislativo e Executivo) como execução (Executivo). Ele também ocorre quando uma decisão judicial

⁸ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Compromisso com o direito e a justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 63.

⁹ MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição constitucional e ativismo judiciário: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense**. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 20-33.

determina o cumprimento de uma ordem contrária à determinada em alguma política pública regularmente vigente.

Este ativismo judicial acaba se tornando um elemento que deve ser considerado quando da formulação de contratos internacionais, principalmente se considerando contratos atípicos, que não encontram normas os regulando, abrindo espaço para uma postura mais ativa pelo Poder Judiciário quando julgar controvérsias relacionadas a estes instrumentos.

A formulação de conceitos amplos e imprecisos, como a função social do contrato, e a implementação de políticas como as ações afirmativas, geram um cenário de insegurança e imprevisibilidade quanto ao entendimento que um julgador poderá esposar com base nestas diretivas. Aliado a isso, a preocupação em garantir a manutenção de direitos sociais vem sendo uma linha mestra dos judiciários nacionais, a justificar polêmicas decisões sob este manto,

Numa arbitragem envolvendo uma relação contratual internacional, poderá esse ativismo judicial embasar uma decisão anulatória de sentença arbitral fundada em convicção discricionária sem amparo legal positivado, ou a homologação de uma sentença arbitral anulada em seu país de origem com base em entendimento contrário ao previsto na Convenção de Nova Iorque, como já discutido. Trata-se de cenário impreciso, vez que as convicções do julgador em muito influenciarão sua decisão nesses casos, não sendo possível traçar horizontes técnicos de possibilidade com muita precisão.

Esta é uma questão bastante delicada, cujos resultados poderão variar conforme cada caso concreto, não podendo fugir ao horizonte de considerações a serem analisadas pelas partes envolvidas numa relação contratual internacional, principalmente quando envolverem países que adotam como sistema jurídico o *common law*.

4.4 A decisão judicial como conferidora de segurança jurídica

Uma das funções do Poder Judiciário diz respeito à garantia de aplicação das leis e, dentro de certos limites, da execução de obrigações contratuais. Neste último caso, estando as cláusulas de um contrato condizentes com a lei do Estado onde deverão surtir efeitos, e sendo o contrato celebrado de forma válida e eficaz, nada impede que uma parte lesada pelo descumprimento do contrato pela outra contratante busque o cumprimento forçado da obrigação inadimplida perante uma corte competente.

Neste mesmo sentido, a sentença arbitral que atender aos critérios de validade e eficácia de determinado ordenamento poderá ser objeto de execução coercitiva, requerida pela parte vencedora perante um juízo competente, caso não seja espontaneamente cumprida.

Em ambos os casos, sendo reconhecido o direito da parte requerente na tutela pleiteada, será proferida decisão judicial determinando o cumprimento da obrigação não honrada, cabendo, caso necessárias, a aplicação de medidas coercitivas, uma vez que o Poder Judiciário, enquanto componente do Estado, detém o monopólio de uso da força.

Em contrapartida, caso o contrato não atenda aos parâmetros que lhe forem legalmente exigidos para gerar obrigações entre as partes contratantes, ou sendo determinada obrigação considerada ilegal do ponto de vista normativo, não restará outra medida senão ao judiciário declarar o contrato inválido ou ineficaz, ou a obrigação inexigível.

Igualmente, se uma sentença arbitral apresentar qualquer violação à lei que lhe for aplicável, ou à ordem pública do país onde se buscar sua execução, deverá esta, a pedido da parte prejudicada, ser anulada, impedida de surtir efeitos, pelo juízo competente para conhecer tal pedido.

Essa função do Poder Judiciário de zelar pelo correto cumprimento das normas é um dos elementos fundamentais para a garantia de segurança jurídica nas relações contratuais e da própria arbitragem, pois, conforme abordado no Capítulo 1 deste estudo, a ideia de segurança jurídica encontra-se intrinsecamente vinculada à garantia de certeza de cumprimento de obrigações validamente contraídas.

Dessa forma, a decisão judicial serve de veículo conferidor de segurança jurídica em casos de inadimplemento de obrigações, assegurando ao seu beneficiário o recurso a medidas necessárias para exigir a observância de seus direitos enquanto credor.

4.4.1 A anulação de uma sentença arbitral utilizada como modalidade de segundo grau de jurisdição

Conforme apontado, a decisão anulatória de uma sentença arbitral não pode fazer uma análise do mérito tratado na decisão do Tribunal Arbitral. Ademais, as possibilidades para sua invocação são normalmente restritas a hipóteses objetivas, conforme por exemplo elencado na Lei Modelo da UNCITRAL, definidas na legislação nacional de cada país. Dessa maneira, deve restar claro que a ação anulatória não é um mecanismo de revisão da sentença arbitral, mas meramente de verificação, quando o caso, do atendimento de elementos necessários para a existência válida e eficaz daquela decisão.

Ocorre que na prática as ações anulatórias vêm sendo utilizadas como forma de revisão indireta das decisões arbitrais, sobretudo com o intuito de isentar a parte vencida do cumprimento da obrigação que lhe foi imposta pelo Tribunal Arbitral, de certa forma numa

busca por uma garantia de duplo grau de jurisdição. Contudo, este procedimento não pode ser abordado sob essa perspectiva, considerando a incompatibilidade de seus propósitos.

O princípio do duplo grau de jurisdição, embora internacionalmente reconhecido, presente inclusive, por exemplo, para casos criminais, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966¹⁰, não deve ser visto como um elemento necessário para conferir segurança jurídica a um procedimento arbitral.

A ideia de um duplo grau de jurisdição se alicerça na busca por uma decisão justa, partindo da premissa de que o ser humano, que será o julgador, é falho. Dessa forma, autoriza-se que sua decisão seja objeto de revisão por um colegiado composto por pessoas esclarecidas e de maior experiência nos casos em que uma das partes envolvidas no litígio venha a se sentir injustiçada por aquela decisão. Além disso, trata-se de direito à revisão da determinação emanada por um poder que é imposto à população, considerando a organização tripartite do Estado de Direito.

Todavia, no caso da arbitragem, por se tratar de uma jurisdição privada, decorrente de escolha das partes, sendo que os julgadores são indicados pelos próprios litigantes, outrossim gozando de confiança por parte destes, sendo normalmente o Tribunal Arbitral composto por um colegiado de julgadores que, espera-se, sejam pessoas qualificadas para o desempenho desta função, pouco espaço há para questionamentos pelas partes de sua decisão final de mérito.

O descumprimento a preceitos essenciais, como a garantia ao contraditório, inquestionavelmente permite o pedido de anulação, uma vez que o *procedimento* fora irregular. Contudo, numa situação em que a arbitragem seguiu todas as regras e parâmetros que lhe foram definidos, inexistente espaço para revisão da decisão de mérito, vez que ela foi proferida por árbitros e em procedimento arbitral que contavam com o consentimento da parte que ao final se sentir lesada pela decisão.

Além disso, a própria ideia de celeridade do procedimento arbitral não permite que as decisões do Tribunal Arbitral sejam objeto de revisão por uma superior instância.

Dessa forma, tem-se que, exceto se a partes envolvidas numa arbitragem optaram pela possibilidade de recursos contra a sentença arbitral, esta será final e irrecorrível, não servindo

¹⁰ Que hoje conta com 174 signatários, dentre eles o Brasil, estabelece, no artigo 14, item 5, que: “*Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.*” Contudo, esta Convenção cuida de direitos para pessoas físicas, sendo meramente exemplificativa sua menção. (UNITED NATIONS. **International Covenant on Civil and Political Rights**. New York, 1966. Disponível em <www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em 23 out. 2013).

a ação anulatória de sentença arbitral como uma forma indireta de garantia de um duplo grau de jurisdição, considerando sua inaplicabilidade a este procedimento.

4.4.2 A homologação da sentença arbitral anulada como forma de conferir segurança jurídica ao contrato internacional

A priori, o papel do judiciário nacional de um país, no tocante à garantia de segurança jurídica em uma arbitragem instaurada em decorrência da celebração de um contrato internacional, se daria por meio de assegurar a instauração da arbitragem e o cumprimento das decisões tomadas pelo Tribunal Arbitral. O primeiro caso ocorre quando uma das partes recusar-se a colaborar com o início do procedimento arbitral, cabendo ao judiciário estatal, dotado de poder coercitivo, impor à parte a obrigação de colaborar para o início da arbitragem. No segundo caso, o judiciário estatal servirá como mecanismo para execução forçada da decisão proferida pelo Tribunal Arbitral não espontaneamente cumprida¹¹.

Quando a sentença arbitral é anulada em seu país de origem, contudo, essa segunda função, pelo judiciário nacional do país onde se vir a buscar sua execução, em tese, não seria aplicável, uma vez que a sentença arbitral anulada, à luz da Convenção de Nova Iorque de 1958, teria perdido sua validade e eficácia. Contudo, existe um dilema no tocante à correção da decisão anulatória da sentença arbitral, a possivelmente justificar uma atuação mais ativa pelo judiciário do país onde se buscar a execução da sentença arbitral anulada.

Conforme discutido no Capítulo 1 do presente estudo, a ideia de segurança jurídica passa pela garantia de certeza da ocorrência de determinados eventos e comportamentos juridicamente estabelecidos. Em termos de contratos internacionais do comércio, ela se transveste da garantia de que as obrigações estabelecidas nestes instrumentos serão obedecidas ou estarão sujeitas à execução forçada.

Tal preceito é transportado para as arbitragens instauradas em decorrência dessas relações contratuais, fortalecido pela preocupação internacional em garantir a eficácia deste método alternativo de solução de disputas.

¹¹ Neste sentido, Alan Redfern e Martin Hunter asseveram que: *“In principle, there should be no disputes as to where the frontier between the public world of the courts and the private world of arbitration lies. At the beginning of an arbitration, national courts (not the arbitrators) have the task of enforcing the agreement to arbitrate if one of the parties should seek to resile from it. At the end of the arbitral process, national courts (not the arbitrators) must also enforce the arbitral award, if the losing party is not prepared to carry it out voluntarily. During the arbitral process, the arbitrators (not the courts) must take charge of the proceedings, set time-limits, organise meetings and hearing, issue procedural directions, consider the arguments of fact and law put forward by or on behalf of the parties and make their award.”* (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 4th. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 330).

Contudo, a anulação indevida de uma sentença arbitral provoca a quebra dessa estrutura garantidora de segurança jurídica, pelo próprio poder que em tese é o conferidor de tal garantia. Em outras palavras, o poder estatal que deve zelar pela eficácia e validade das relações contratuais, e consequentemente das arbitragens delas oriundas, estaria agindo contrariamente a este preceito, em decisão em tese irrecorrível, retomando conhecido brocardo latino: *quis custodiet ipsos custodes*¹².

Frente a situações desta natureza, faz-se mister indagar se a homologação de sentença arbitral anulada por decisão incorreta ou injusta estaria quebrando preceitos internacionalmente estabelecidos, por meio da Convenção de Nova Iorque, de 1958, e outros tratados internacionais neste sentido, ou se, em contrapartida, não estaria a corrigir a anulação indevida por outro tribunal.

Inevitavelmente esta questão passará pela discussão da eficácia e justiça de uma norma, que não necessariamente são concomitantes, como já propunha Norberto Bobbio, de forma simples e objetiva:

O fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como também o fato de não ser absolutamente obedecida não pode ser considerado como prova de sua injustiça. A derivação de justiça da eficácia poderia equiparar-se a um dos argumentos mais frequentemente discutidos entre os jusnaturalistas, o chamado *consensus humani generis*, ou simplesmente *consensus unumum*. [...] A justiça é independente da validade, mas também independente da eficácia.¹³

Frente a dilemas neste sentido, é de se indagar se as decisões homologatórias de sentenças arbitrais anuladas estariam violando preceitos estabelecidos em tratados internacionais e ordenamentos internos ou se, ao contrário, seriam verdadeiras decisões retificadoras de equívocos cometidos por outros tribunais estatais¹⁴. Sob esse prisma, há de se reconhecer que a decisão homologatória cumpriu o papel de garantidora da segurança jurídica do contrato internacional, uma vez que fez valer a obrigação que corretamente deveria ser seguida, reconhecida na sentença arbitral anulada.

Em contrapartida, não se pode ignorar o risco de decisões homologatórias neste sentido estarem provocando verdadeiras rupturas na segurança jurídica destas relações contratuais, uma

¹² Em sua tradução mais aceita: quem guardará os guardiões.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Edipro, 2012. p. 52-53.

¹⁴ A título exemplificativo, apontamos esta preocupação nas decisões homologatórias dos casos *Yukos Capital S.a.r.L. v. OJSC Yuganskneftegaz* e *Pemex-Exploración Y Producción v. Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V.*, apontadas no Capítulo 3 deste estudo, onde as decisões homologatórias apontam para a nítida preocupação daqueles julgadores em corrigir irregularidades por eles reconhecidas nas decisões anulatórias das respectivas sentenças arbitrais consideradas.

vez que igualmente há o perigo de estar-se desconsiderando decisão anulatória que revestiu-se de ampla correção, criando, na verdade, um cenário de total insegurança, vez que uma decisão neste sentido cria uma situação onde em um Estado uma das partes no contrato é credora, porém em outro Estado não o é.

Inevitavelmente as análises neste sentido passarão pela verificação dos casos concretos, não sendo possível chegar a uma conclusão universal.

Contudo, uma questão que estas decisões homologatórias geram diz respeito à competência de o poder judiciário nacional de um Estado proceder à análise do julgamento proferido pelo judiciário nacional de outro Estado. Isso porque não se pode olvidar o fato de que a decisão que confere a homologação a uma sentença arbitral estrangeira anulada em seu país de origem está realizando uma revisão da decisão anulatória. Basicamente, estaria procedendo a uma retificação daquela decisão.

Esta discussão passa pela análise de questões de soberania e independência entre os poderes de Estados nacionais diferentes, cujo estudo extrapola os objetivos da presente pesquisa. Inobstante, trata-se de questão polêmica, que dificilmente apresentará uma convergência de opiniões.

4.5 Dano provocado pela homologação de sentença arbitral estrangeira anulada

A homologação, por um tribunal estrangeiro, de uma sentença arbitral anulada em seu país de origem traz consequências danosas especialmente à parte sujeita ao cumprimento daquela decisão. Isso porque, quando há a anulação da sentença arbitral, a parte vencida numa arbitragem está liberada do cumprimento daquela determinação. Contudo, após a homologação desta decisão anulada, a parte encontra-se novamente obrigada ao cumprimento, em outro país, da condenação da qual foi escusada.

Diante dessa hipótese, uma discussão pode ser travada no tocante à ocorrência de um dano pela parte que vê-se obrigada ao cumprimento da obrigação que, quando da anulação da sentença arbitral, fora liberada. Esta constatação passa pela análise da motivação da parte que buscou a homologação da sentença arbitral perante outra corte nacional, após a sua anulação.

O argumento de que a Convenção de Nova Iorque não obriga que o tribunal negue a homologação à sentença arbitral estrangeira anulada em seu país de origem¹⁵ vem gerado

¹⁵ Trata-se da questão de que o texto original, em inglês, do Artigo V.1 da Convenção de Nova Iorque estabelece que poderá a homologação ser negada, e não que necessariamente será: “*Recognition and enforcement of the*

embasamento para que partes apresentem, perante outras cortes nacionais, uma sentença arbitral anulada por uma corte estatal competente, requerendo sua homologação. Trata-se de prática que, conforme apontado no Capítulo 3 deste estudo, vem sendo difundida.

Outrossim, é mister identificar a situação jurídica de uma sentença arbitral anulada, verificando a possibilidade de esta vir a gerar quaisquer efeitos, para então analisar o ato da parte que buscou sua homologação, para definir se há ou não a ocorrência de dano

Perante o país onde foi proferida a decisão anulatória, a sentença arbitral deixa de existir, cessando a produção de seus efeitos. Contudo, a extensão desta decisão a outros países deve ser sopesada, uma vez que os efeitos da decisão de um tribunal nacional não necessariamente sujeitam as cortes de outro país.

Em uma análise literal do texto do artigo V.1.(e) da Convenção de Nova Iorque, dentre as possibilidades nele arroladas para a negativa de homologação da sentença arbitral estrangeira, estão os casos em que esta for anulada pela autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

Assim, caso a decisão anulatória tenha sido proferida por um tribunal ou autoridade competente de outro país que não onde a sentença foi proferida, ou de cuja lei foi aplicada, a decisão anulatória somente surtirá efeitos no país onde foi proferida, não se estendendo aos demais signatários da Convenção de Nova Iorque. Estariam, nesses casos, as partes livres para buscarem a homologação e execução da sentença arbitral perante a autoridade competente de outro Estado¹⁶.

Diante dessa situação, numa análise puramente positivista, não há como qualificar a ocorrência de dano indenizável, uma vez que estar-se-á diante de uma situação onde, entre os signatários da Convenção de Nova Iorque (com exceção, se for o caso, do país onde foi proferida a decisão anulatória), a sentença arbitral atende a todos os requisitos para a sua homologação e execução.

Diferente será o caso de uma parte vir a buscar a homologação e o reconhecimento de uma sentença arbitral anulada pela autoridade do local onde a sentença arbitral foi proferida, ou

award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:"

¹⁶ Adriana Braghetta, em sua tese de doutorado, indica um julgado onde prevaleceu este entendimento. Trata-se do caso Pertamina e outra vs KBC – Karaka Bodas Compay. A sede da arbitragem era a Suíça e de acordo com as regras da UNCITRAL. Em 2000 foi proferida a sentença arbitral, sendo que a Pertamina buscou anular esta decisão perante as autoridades suíças, sem sucesso. Contudo, ela conseguiu anular a sentença em ação anulatória movida em Jacarta, Indonésia. Como a anulação não foi pelo judiciário do local da sede da arbitragem, a sentença arbitral foi reconhecida nos EUA. (BRAGHETTA, Adriana. **Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais**: visão a partir do Brasil. 2008. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 62).

de cuja lei lhe era aplicável. A questão muda de contorno, eis que estará incidindo diretamente na previsão trazida na Convenção de Nova Iorque, devendo ser analisado sob diferentes perspectivas.

Inicialmente, deve-se considerar que a Convenção de Nova Iorque trata de regras dirigidas aos Estados contratantes, sujeitas ao cumprimento pelos tribunais ou autoridades competentes destes países. Não se trata de regras aplicáveis às partes numa arbitragem.

Neste contexto, tem-se que a parte que busca a homologação de uma sentença arbitral anulada não estaria infringindo uma norma a ela aplicável, razão pela, numa análise puramente positivista, não poderá ser configurada a existência de nexos causal apto a qualificar a ocorrência de dano indenizável. O Estado que conceder a homologação estará, de certa forma, infringindo o artigo V.1.(e) da Convenção, e não a parte que a requereu.

Em contrapartida, um dos preceitos jurídicos básicos determina que a sentença judicial vincula as partes a ela sujeitas. Por consequência, o pedido de homologação da sentença arbitral anulada, perante autoridade competente de outro país, poderia ser reconhecido como um descumprimento da decisão que anulou a sentença arbitral. Pode-se discutir, nesse caso, o cabimento de pedido de aplicação de multa por descumprimento de decisão perante o foro onde foi proferida a decisão anulatória, eis que ela não extrapolou os limites daquele país.

Porém não se pode olvidar o fato de que essa conduta abre a possibilidade para a ocorrência de dois processos sucessivos, em países distintos, envolvendo as mesmas partes e gravitando sobre um mesmo objeto, alternando-se em cada um a posição de credor e devedor, sendo em um deles a execução da sentença arbitral anulada e em outro a execução da multa por descumprimento da decisão anulatória da sentença arbitral. Se trataria de uma situação aberrante, onde no primeiro caso estar-se-á exigindo judicialmente o cumprimento de uma obrigação e, no segundo caso, estar-se-á multando judicialmente uma parte por estar exigindo judicialmente o cumprimento daquela obrigação.

Esta questão é complexa e pouco abordada, e exigirá bastante abstração diante da ocorrência de casos concretos, na identificação de eventuais valores efetivamente devidos a cada parte envolvida. Contudo, no caso de verificação de má-fé pela parte que vir a pleitear a homologação da sentença arbitral anulada, deve-se considerar a aplicação de uma multa em patamar que desincentive esta prática, sob o risco de esta vir a se tornar uma opção vantajosa, cujos riscos tornam-se ínfimos se comparados aos possíveis ganhos.

Nota-se, assim, que a segurança jurídica também passa pela conduta das partes contratantes em um contrato internacional do comércio, devendo seu comportamento estar

sujeito a supervisão e, se necessário, a medidas coercitivas visando cessar tais práticas, evitando atos maldosos e atentatórios à boa estabilidade da relação contratual.

CONCLUSÃO

Os contratos internacionais do comércio possuem características ímpares que os separam dos contratos domésticos, em decorrência de seu contato com mais de um ordenamento jurídico nacional, sujeitando-os a regras mais complexas tanto no tocante à determinação da lei a eles aplicável, com em relação à identificação de sua autonomia e restrições. Inobstante haja mais de um parâmetro para conceituar um contrato como sendo internacional, seu mínimo denominador comum é justamente este contato com mais de um ordenamento nacional.

Justamente por isso, conferir segurança jurídica a um contrato internacional do comércio é um trabalho que inicia no momento em que o contrato estiver sendo formado, visto que tanto o local onde o mesmo for celebrado e cumprido, como a nacionalidade e domicílio das partes envolvidas na relação contratual, influenciarão diretamente na determinação da lei que a ele será aplicável, que regerá seu objeto e seus termos e condições. Por conta disso, não pode ser deixado ao acaso estas características, sob risco de as partes contratantes virem-se sujeitas a imposições legais que podem inviabilizar o negócio por elas pretendido.

Da mesma forma, a opção pela arbitragem como forma de dirimir conflitos nestas relações, não pode ser uma decisão impulsiva, influenciada pela crescente popularização e recurso a esse mecanismo, principalmente por partes oriundas de países em desenvolvimento. Além da análise da viabilidade econômica dessa ferramenta frente à relação contratual considerada, é mister que as partes tenham bem esclarecido o local onde será a sede da arbitragem, as leis e regras a ela aplicadas e, principalmente, se estas opções estão à plena disposição das partes ou se a lei que reger a relação contratual impõe restrições à opção pela arbitragem.

Assim, segurança jurídica conferida tanto aos contratos como à arbitragem depende da regularidade da forma como foram feitos seus acertos pelas partes contratantes, sendo responsabilidade destas observar devidamente as normas a que estarão sujeitas tanto na formulação do contrato internacional quanto da opção pela arbitragem.

Como mecanismo alternativo de solução de controvérsias em conflitos internacionais, a arbitragem reina quase absoluta como principal opção. Suas vantagens superam suas desvantagens quando devidamente ponderadas e o aperfeiçoamento de seu tratamento tanto por câmaras arbitrais como por ordenamentos nacionais fortalecem e incentivam o seu uso. Além disso, é inegável o papel da Convenção de Nova Iorque para a consolidação desta ferramenta, que justifica sua alçada ao patamar de um dos acordos internacionais de maior adesão no mundo.

O sucesso da Convenção de Nova Iorque é atribuído tanto à sua importância, por garantir eficácia às sentenças arbitrais estrangeiras, como à simplicidade e objetividade de suas previsões, que, a priori, foram elaboradas para evitar quaisquer conflitos ou devaneios interpretativos. Contudo, essa ambição inevitavelmente encontrará pontos de divergência, e o presente estudo focou justamente em um deles.

A justificativa levantada por cortes nacionais para conceder homologações a sentenças arbitrais estrangeiras anuladas em seu país de origem, ou de cuja lei lhe foi aplicável, demonstra a clara discricionariedade interpretativa pelos julgadores, a flexibilizar suas regras e previsões. Ultrapassando a simples questão gramatical no tocante ao texto da Convenção prever que *poderá ser* negada a homologação, o que os julgados demonstram é a criação de novos conceitos, como a sentença arbitral *internacional*, que por consequência não está sujeita a regras de um tratado aplicável a sentenças arbitrais *estrangeiras*, bem como a revisão de julgamentos proferidos por outras cortes nacionais, quando o judiciário de um Estado concede a homologação por entender que a anulação da sentença arbitral pelo judiciário de outro Estado fora uma decisão equivocada, incorreta ou até injusta, passando inclusive pela análise da imparcialidade da corte que proferiu a decisão anulatória.

Essa postura ativa do judiciário nacional destes países vem se tornando mais uma variável a ser considerada pelas partes contratantes quando formularem um contrato internacional, bem como procederem à opção pela arbitragem, definindo suas regras.

Todavia, além da postura do judiciário, a questão da homologação de sentenças arbitrais anuladas passa também pela análise da conduta da parte que vir pleitear o reconhecimento da sentença arbitral anulada. Não se pode olvidar o fato de que esta conduta configura uma violação à decisão anulatória da sentença arbitral, ensejando o recurso a mecanismos punitivos, como a aplicação de multa em patamar que desmotive essa prática.

Em contrapartida, não se pode ignorar o risco de incorreção da decisão anulatória da sentença arbitral, que além de prejudicar a parte lesada poderá gerar novos gastos com outro procedimento arbitral. Frente a isso, mesmo que a revisão, por outro judiciário nacional, da decisão homologatória configure uma violação aos parâmetros de soberania, poder-se-á justificar a homologação da sentença arbitral anulada como uma busca pela decisão mais justa e correta.

Inevitavelmente, as razões a embasar as decisões homologatórias de sentenças arbitrais anuladas deverão passar pela análise de cada caso concreto, porém cientes de que o entendimento e postura que vem sendo construídos estão legitimando essa conduta, merecendo a atenção e consideração das partes envolvidas numa arbitragem.

Dessa forma, a segurança jurídica conferida aos contratos internacionais do comércio passará por diversos filtros para ser garantida, alguns dos quais de conhecimento das partes, como as regras e leis aplicáveis à relação contratual, outros de potencial identificação, como as norma de aplicação imediata e a tão debatida ordem pública, e algumas de limitada previsibilidade, como o ativismo judicial e a conduta das partes contratantes.

Adentrando a seara de uma arbitragem instituída numa relação contratual desta natureza, introduzem-se outros mecanismos conferidores de segurança jurídica ao contrato internacional, que serão as normas do local da sede da arbitragem, as leis e regras aplicáveis ao procedimento arbitral, o trabalho dos árbitros e a forma, conteúdo e estrutura da sentença arbitral. Isso tudo aliado à receptividade legal dos países que tiverem contato com a arbitragem ou que sofrerão os efeitos de sua decisão.

O órgão que deverá zelar pela conferência desta segurança jurídica, o judiciário nacional do país competente, terá papel fundamental para assegurar esta garantia ao contrato internacional. Tanto no quesito de anular a sentença arbitral, como no reconhecimento da sentença arbitral anulada, o poder judiciário deverá pautar pela maior correção de sua decisão, evitando impor a um contratante obrigação que não lhe deveria ser atribuída, ou isentar a parte do cumprimento de um dever que deveria ser observado.

O movimento que se tem verificado no tocante buscando definir a interpretação a ser dada às normas da Convenção de Nova Iorque, como o manual da ICCA e o guia que está sendo elaborado pela UNCITRAL, indicam uma preocupação sobre a divergência de entendimentos que vêm sendo dado às suas normas, e a busca por uma uniformização destes, no intuito de criar uma maior previsibilidade acerca das interpretações que serão esposadas pelos julgadores nacionais, gerando maior segurança quanto a essa questão.

Inevitavelmente, em última instância, a segurança jurídica conferida aos contratos internacionais passará pela interpretação das normas e situações a ele aplicável ou dele oriundas. Será possível mapear os potenciais entendimentos que poderão ser aplicados a essas relações identificando aqueles que vêm sendo construídos, porém será missão hercúlea assegurar qual será esposado no caso concreto.

Numa situação essencialmente privada, como um contrato comercial internacional, valendo-se de uma jurisdição privada, o alcance das partes para fazer valer seu direito encontra limite no Poder Judiciário, que em último caso é quem fará cumprir eventual obrigação inadimplida. Restará, pois, às partes zelarem pela boa estruturação do contrato e das regras aplicáveis à arbitragem, na expectativa de poderem recorrer a um judiciário qualificado caso isso se torne necessário.

A segurança jurídica, portanto, se inicia na segura estrutura das instituições públicas, sem a qual nada será senão uma utopia jurídica.

REFERÊNCIAS

AHERN, John; BINCHY, William. **The Rome II Regulation on the Law applicable to non-contractual obligations**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2009.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. **International dispute resolution procedures**. New York, 2009. Disponível em: <www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=/UCM/ADRSTG_002037&revision=latestreleased>. Acesso em: 7 abr. 2011.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Restatement (Second) of Conflict of Laws. **American Law Institute Publishing**, Philadelphia, PA, 1971. Disponível em: <www.kentlaw.edu>. Acesso em: 13 ago. 2012.

ARBITRAZH COURT DE KEMEROVO OBLAST. **Case:** Ciments Français v. Open Joint Stock Company Sibirskiy Cement Holding Company. Case A27-781/2011, Arbitrazh Court de Kemerovo Oblast, Decision granted in Jul. 20 2011. Disponível em: <arbitrationlaw.com/files/free_pdfs/ciments_francais_france_v_holding_co_siberian_cement_russia_et_al_a27-781-2011.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2013.

ARGENTINA. Código Civil de la República Argentina: Ley 340, de 29 de septiembre de 1869. **Registro Nacional**, Buenos Aires, 29 sep. 1869, n. 1863-1869. p. 513. Disponível em: <www.codigocivilonline.com.ar>. Acesso em: 25 out. 2012.

BAETA, Zínia. Arbitragem cresce 29,25% no Brasil. **Valor Econômico**, São Paulo, 14. abr. 2004. Legislação e Tributos, p. 3.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex Magister, 2011.

_____. **Contratos internacionais**. São Paulo: Lex Magister, 2011.

BARNETT, Peter. **Res judicata, estoppel, and foreign judgments**. New York: Oxford, 2001.

BEALE, Hugh; BISHOP, William; FURMSTON, Michael Philip **Contract: cases & materials**. New York: Oxford University, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Direito e poder**. Tradução de Nilson Moulin São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Batista. São Paulo: Edipro, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólón. São Paulo: Edipro, 2011.

BONELL, Michael Joachim. **An international restatement of contract law**: the Unidroit principles of international commercial contracts. Ardsley: Transnational, 2009.

BRAGHETTA, Adriana. **Anulação do laudo arbitral na sede da arbitragem e consequências internacionais**: visão a partir do Brasil. 2008. 339 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 11 ago. 2011.

_____. Decreto n. 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 05 nov. 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. Decreto nº. 1.213, de 3 de agosto de 1994. Promulga a Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações para serem utilizadas no Exterior, adotada na Cidade do Panamá, em 30 de janeiro de 1975. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 4 ago. 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1213.htm>. Acesso em: 17 out. 2012.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 out. 2010.

_____. Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 jul. 2002. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 30 set. 2013.

BUSCH, Danny. **Indirect representation in European contract law**. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

CALLUF FILHO, Emir. **Arbitragem internacional**: o local da arbitragem. Curitiba: Juruá, 2006.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá**. São Paulo, 2012. Disponível em: <www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%202012>. Acesso em: 12 jan. 2012.

CARAMELO, Antônio Sampaio. Anulação de sentença arbitral contrária à ordem pública. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 32, p.133-173, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009.

CHILE. Código Civil de la Republica de Chile. **Imprenta Nacional**, Santiago, 31 may 1856. Disponível em: <www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. Acesso em: 22 out. 2012.

CORPORATE choices in international arbitration: industry perspectives. Londres, 2013. Disponível em: <www.pwc.com/gx/en/arbitration-dispute-resolution/assets/pwc-international-arbitration-study.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2013.

COSTA, Marina Mendes. A França reforça sua atratividade como sede de arbitragens internacionais. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 30, p.19-42, 2011.

COUR DE CASSATION. **Pourvoi**: Société Hilmarton Ltd v. Société Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV). Pourvoi 92-15.137, Cour de Cassation, jugé le 23 Mar.1994. Disponível em : <www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=140&seule=1#>. Acesso em 25 jul. 2013.

_____. **Pourvoi**: Société PT Putrabali Adyamulia v Société Rena Holding et Société Moguntia Est Epices. Pourvoi 05-18.053, Cour de Cassation, jugé le 29 Jun. 2007. Disponível em: <www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=176>. Acesso em: 25 jul. 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

DEUTSCHLAND. Bürgerliches Gesetzbuch. **Reichsgesetzblatt**, Berlin, 24 aug. 1896. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. Bürgerliches Gesetzbuch (versão traduzida para o inglês). **Reichsgesetzblatt**, Berlin, 24 aug. 1896. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. Zivilprozessordnung. **Reichsgesetzblatt**, Berlin, 30 jan. 1877. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. Zivilprozessordnung (versão traduzida para o inglês). **Reichsgesetzblatt**, Berlin, 30 jan. 1877. Disponível em: <www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html>. Acesso em: 23 out. 2012.

DIMATTEO, Larry A. **Law of international contracting**. Netherlands: Kluwer Law International Inc., 2009.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Gen : Forense, 2012.

_____.; TIBÚRCIO, Carmem. **Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

EDITORIAL. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 6 fev. 2013. Caderno Principal, p. 3.

EMANUEL, Steven L. **Emanuel law outlines: corporations**. New York: Aspen Publishers, 2009.

EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation No. 593/2008, of 17 june 2008. On the law applicable to contractual obligations (Rome I). **Official Journal of the European Union**, jul 4, 2008, p. L. 177/6. Disponível em: <eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF>. Acesso em: 17 dez. 2012.

FERRARI, Franco; KRÖLL, Stefan (Org.). **Conflict of Laws in international arbitration**. Munich: Sellier European Law, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 2003.

FIORATI, Jete Jane. **Direito do comércio internacional**. Franca: Ed. UNESP, 2006.

_____. **Jus cogens**: as normas imperativas de direito internacional público como modalidade extintiva dos tratados internacionais. Franca: Ed. UNESP, 2002.

FRANCE. Code Civil. **Imprimerie Nationale**, Paris, 21 mai 1804, Disponível em: <www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 23 out. 2012

_____. Code Civil (versão traduzida para o inglês). **Imprimerie Nationale**, Paris, 21 mai 1804. Disponível em: <www.napoleon-series.org/research/government/c_code.html>. Acesso em: 23 out. 2012.

FRANZETTI, Erica Vanessa Pavan. U.S. judicial discovery in private international arbitration: outlook remains uncertain. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 26, p. 168-177, 2010.

GERECHTSHOF AMSTERDAM. **Zaak**: Yukos Capital S.a.r.L, v. OJSC Yuganskneftegaz. Zaak LJN B12451, Gerechtshof Amsterdam, Uitspraak 28 apr. 2009. Disponível em: <uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHAMS:2009:B12451&keyword=Yuganskneftegaz>. Acesso em: 14 ago. 2013.

GHARAVI, Hamid G. **The international effectiveness of the annulment of an arbitral award**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GREENBERG, Simon; KEE, Christopher; WEERAMANTRY, Romesh. **International commercial arbitration: an Asia Pacific perspective**. New York: Cambridge, 2011.

HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters**.

Haia, 1971. Disponível em <www.hcch.net/upload/conventions/txt16en.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2013.

HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law: the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practices**. Berlin: Springer, 2007.

HIERRO, Antonio; REMÓN, Jesús. Spanish arbitration Act reform. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 33, p. 159-162, 2012.

HOZH, Tang. New York Convention & arbitration in China: celebrating the fiftieth anniversary of New York Convention. **Revista de Mediação e Arbitragem**. São Paulo, n. 18, p. 108-111, 2008.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Media and publication: IBA guides, rules and other free materials**. Disponível em: <www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em: 22 jun. 2013.

INTERNATIONAL CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTIONS ANNUAL REPORTS.

About AAA: annual reports. Disponível em:

<www.icdr.org/icdr/faces/s/about/annualreports?_afLoop=169167184096675&_afWindowMode=0&_afWindowId=13kp2bz15y_52#%40%3F_afWindowId%3D13kp2bz15y_52%26_afLoop%3D169167184096675%26_afWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D13kp2bz15y_84>. Acesso em: 28 jun. 2013.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Disponível em: <www.iccwbo.org>. Acesso em: 28 mar. 2011.

_____. **ICC rules of arbitration**. Paris, 2012. Disponível em: <www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages>. Acesso em: 7 abr. 2011.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE STATISTICS. **Products and services: arbitration and ADR: arbitration: statistics**. Disponível em: <www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Introduction-to-ICC-Arbitration/Statistics>. Acesso em: 28 jun. 2013.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **ICCA'S guide to the interpretation of the 1958 New York Convention: a handbook for judges**. The Hague, 2011. Disponível em: <http://www.arbitration-icca.org/publications/NYC_Guide.html>. Acesso em: 14 abr. 2012.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. Disponível em: <www.unidroit.org>. Acesso em: 17 mar. 2012.

ITÁLIA. Codice Civile: Regio Decreto n. 262, de 16 de marzo 1942. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 4 apr. 1942. Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/codciv.htm>. Acesso em: 23 out. 2012.

_____. Legge 31 maggio 1995, n. 218. **Gazzetta Ufficiale**, Roma, 3 giu. 1995. Disponível em: <www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995-05-31;218!vig>. Acesso em: 22 out. 2012.

KALENSKÝ, Pavel. **Trends of private international law**. Prague: Nijhoff, [1972].

KRÖLL, Stefan. **International arbitration and international commercial law: synergy, convergence, and evolution**: Liber Amicorum Eric Bergsten. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins. Modernização da arbitragem: os ensinamentos da reforma francesa de 2011. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 29, p. 105-150, 2011.

LABORDE, Carolina M. **Electronic signatures in international contracts**. Frankfurt: Peter Lang, 2010.

LEAGUE OF NATIONS. **Protocol on Arbitration Clauses**. Wien, 1923. Disponível em: <treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=543&chapter=30&lang=en#top>. Acesso em: 22 set. 2013.

_____. **Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards**. Wien, 1927. Disponível em: <treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-1&chapter=22&lang=en>. Acesso em: 22 set. 2012.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **Arbitration rules**. London, 1998. Disponível em: <www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx>. Acesso em: 12 jan. 2012.

MAK, Chantal. **Fundamental rights in European contract law**. Alphen ann den Rijn: Kluwer Law International, 2008.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Gen: Forense, 2010.

MAZOTTI, Marcelo. **Jurisdição constitucional e ativismo judiciário**: análise comparativa entre a atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte estadunidense. 2012. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

McCLURE, Mike. **Enforcement of arbitral awards that have been set aside at the seat: the consistently inconsistent approach across Europe**. Disponível em: <kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/06/26/enforcement-of-arbitral-awards-that-have-been-set-aside-at-the-seat-the-consistently-inconsistent-approach-across-europe>. Acesso em: 13 dez. 2013.

MORRISSEY, Joseph F; GRAVES, Jack M. **International sales law and arbitration: problems, cases and commentary**. Netherlands: Kluwer Law International, 2008.

NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. Disponível em:
<www.newyorkconvention.org>. Acesso em: 21 dez. 2011.

NYGH, Peter. **Authonomy in international contracts**. Oxford: Oxford University, 1999.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras**. Disponível em: <www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-50.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

_____. **Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais**. México (Cidade), 1994. Disponível em:
<www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm>. Acesso em: 18 set. 2013.

PEREIRA, Luis Cesar Ramos. **Limitação e a não aplicabilidade do direito**. São Paulo: Renovar, 2001.

PARK, William W. Porque os tribunais revisam sentenças arbitrais. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 3, p. 161-176, 2004.

PAULSSON, Jan. Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA). **The ICC International Court of Arbitration Bulletin**, Paris, v. 9, n. 1, p. 14-31, mai 1998.

PRYLES, Michael. **Application of the Lex Mercatoria in international commercial arbitration**. Disponível em: <www.arbitration-icca.org/media/0/12223880790810/application_of_the_lex_mercatoria.pdf>. Acesso: em 21 fev. 2013.

RAMINA, Larissa. **Direito internacional dos investimentos: solução de controvérsias entre Estados e empresas transnacionais**. Curitiba: Juruá, 2009.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. Disponível em:
<www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 4 mar. 2012.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 4th. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

RODAS, João Grandino (Org.). **Contratos internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

ROYAL COURT OF JUSTICE. **Case: Yukos Capital S.a.r.L, v. OJSC Yuganskneftegaz**. Case n°. A3/2011/1790, Royal Court of Justice, decision given in Jun. 27 2012. Disponível em: <www.newyorkconvention1958.org/index.php?lvl=notice_display&id=1182&seule=1>. Acesso em: 14 ago. 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. A ordem pública nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 55, p. 122-129, 1984.

_____. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil: vicissitudes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 641, p. 29-57, 1989.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: LTR, 2003.

SYMEONIDES Symeon C. The American choice-of-law revolution in the courts: today and tomorrow. In: HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW **Recueil Des Cours**: collected courses of the Hague Academy of International Law. Maubeuge: Martinus Nijhoff, 2003.

TARTUCE, Flávio. Sentença: a boa-fé objetiva e o dever do credor de mitigar a perda. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). **A outra face do poder judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **Compromisso com o direito e a justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

TRANS-LEX LAW RESEARCH. Disponível em: <www.trans-lex.org>. Acesso em: 9 jul. 2013.

UNIDROIT. **UNIDROIT principles of international commercial contracts**. Rome, 2010. Disponível em: <www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-english.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2012.

UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea**. New York, 2008. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/09-85608_Ebook.pdf>. Acesso em: 9 out. 2013.

_____. **International Covenant on Civil and Political Rights**. New York, 1966. Disponível em <www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>. Acesso em 23 out. 2013.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Disponível em: <www.uncitral.org>. Acesso em: 9 jul. 2011.

_____. **Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards** (New York, 1958). Disponível em: <www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 14 jul. 2012.

_____. **Model law on international commercial arbitration**. Wien, 2006. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2011.

_____. **Treaty collection**: chapter XXII: Commercial Arbitration: 1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. New York, 10 June 1958. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html>. Acesso em: 21 jul. 2013.

UNITED STATES DISTRICT COURT SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. **Case:** Pemex-Exploración Y Producción v. Corporación Mexicana de Mantenimiento Integral, S. De R.L. de C.V. Case nº. 10 Civ. 206 (AKH), United States District Court - Southern District of New York, decision given in aug. 27 2013. Disponível em: <<http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=323>>. Acesso em: 30 out. 2013.

VAN DER BERG, Albert Jan. **The New York Arbitration Convention of 1958**. Haia: Kluwer, 1981.

_____. **The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1994.

_____. Enforcement of arbitral awards annulled in Russia: case comment on court of appeal of Amsterdam, April 28, 2009. **Journal of International Arbitration**, Netherlands, n. 27, p. 179-198, 2010.

VIEGAS, Carlos Alberto Caemo. **A polêmica súmula 584 do STF e a Segurança Jurídica no Direito Tributário**. São Paulo: Baraúna, 2011.

WOLL, Peter. **Public policy**. Lanham: University Press of America, 1982.

YARSHELL, Flávio Luiz. Ação anulatória de julgamento arbitral e ação rescisória. **Revista de Mediação e Arbitragem**, São Paulo, n. 5, p. 95-99, 2005.

ANEXO

ANEXO A - CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS (NEW YORK, 1958)

Article I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.

2. The term "arbitral awards" shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.

3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

Article II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

2. The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially

more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

Article IV

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:

- (a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;
- (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.

2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

Article V

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

- (a) The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or
- (b) The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or
- (c) The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or
- (d) The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

Article VI

If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V(1)(e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on the application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.

Article VII

1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.

2. The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

Article VIII

1. This Convention shall be open until 31 December 1958 for signature on behalf of any Member of the United Nations and also on behalf of any other State which is or hereafter becomes a member of any specialized agency of the United Nations, or which is or hereafter becomes a party to the Statute of the International Court of Justice, or any other State to which an invitation has been addressed by the General Assembly of the United Nations.

2. This Convention shall be ratified and the instrument of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article IX

1. This Convention shall be open for accession to all States referred to in article VIII.
2. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

Article X

1. Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all or any of the territories for the international relations of which it is responsible. Such a declaration shall take effect when the Convention enters into force for the State concerned.
2. At any time thereafter any such extension shall be made by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations and shall take effect as from the ninetieth day after the day of receipt by the Secretary-General of the United Nations of this notification, or as from the date of entry into force of the Convention for the State concerned, whichever is the later.
3. With respect to those territories to which this Convention is not extended at the time of signature, ratification or accession, each State concerned shall consider the possibility of taking the necessary steps in order to extend the application of this Convention to such territories, subject, where necessary for constitutional reasons, to the consent of the Governments of such territories.

Article XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

- (a) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;
- (b) With respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent states or provinces which are not, under the constitutional system of the federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent states or provinces at the earliest possible moment;
- (c) A federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law and practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of

this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

Article XII

1. This Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the third instrument of ratification or accession.
2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the ninetieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article XIII

1. Any Contracting State may denounce this Convention by a written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation shall take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.
2. Any State which has made a declaration or notification under article X may, at any time thereafter, by notification to the Secretary-General of the United Nations, declare that this Convention shall cease to extend to the territory concerned one year after the date of the receipt of the notification by the Secretary-General.
3. This Convention shall continue to be applicable to arbitral awards in respect of which recognition or enforcement proceedings have been instituted before the denunciation takes effect.

Article XIV

A Contracting State shall not be entitled to avail itself of the present Convention against other Contracting States except to the extent that it is itself bound to apply the Convention.

Article XV

The Secretary-General of the United Nations shall notify the States contemplated in article VIII of the following:

- (a) Signatures and ratifications in accordance with article VIII;
- (b) Accessions in accordance with article IX;
- (c) Declarations and notifications under articles I, X and XI;
- (d) The date upon which this Convention enters into force in accordance with article XII;
- (e) Denunciations and notifications in accordance with article XIII.

Article XVI

1. This Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts shall be equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.
2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit a certified copy of this Convention to the States contemplated in article VIII.